القواعد والضوابط الفقهية في نظرية الضمان ـــ دراسة فقهية تحليلية ـــ

إعداد
إدريس صالح الشيخ فقيه

المشرف
الدكتور إسماعيل محمد البريشي

قدمت هذه الرسالة استكمالا لمتطلبات الحصول على درجة الماجستيرفي
الفقه وأصوله

كلية الدراسات العليا
الجامعة الأردنية

أيار ـــ ٢٠٠٦ م


بسم الله الرحمن الرحيم

قرار لجنة المناقشة

نوقشت هذه الرسالة: " القواعد و الضوابط الفقهية في نظرية الضمان

ـ دراسة فقهية تحليلية ـ

وأجيزت بتاريخ : يوم الاثنين : ١٧ / ٠٤ / ٢٠٠٦ م .

أعضاء لجنة المناقشة: **التوقيع**

الدكـــتور : إسماعيل محمد البريشي **مشرفا** ....
أستاذ مساعد في الفقه وأصوله
ـ كلية الشريعة بالجامعة الأردنية ـ

الدكـــتور: ذياب عبد الكريم عقـــل **عضوا** ....
أستاذ مشارك في الفقه المقارن
ـ كلية الشريعة بالجامعة الأردنية ـ

الدكـــتور: وائل محمد عربيات **عضوا** ....
أستاذ مساعد في الفقه وأصوله
ـ كلية الشريعة بالجامعة الأردنية ـ

الدكـــتور: أنس مصطفى أبو عطا **عضوا** ....
أستاذ مشارك في الفقه وأصوله
كلية الدراسات الفقهية والقانونية
ـ بجامعة آل البيت ـ

إهداء

— إلى روح والدي الذي آلى على نفسه ، وهو العامل البسيط أن يحمل على ظهره ، ويعمل بالأجرة ليتيح لي أن أطلب العلم ، وأنال أعظم الدرجات فيه ، إلى روح هذا الوالد العظيم ، أهدي له هذا البحث ، وهو أول باكورة ، فهي بعض حبات العرق الذي سَالَ على جبينه ، لأحقق له بعض ما كان يتمناه ....

— رحمه الله رحمة واسعة ، وأجزل له الثواب و المغفرة وأسكنه في دار الفردوس الأعلى

— إلى من ربتني صغيرا.وما زالت ترعاني كبيرا بدعائها إلى والدتي الغالية أمدّ الله في عمرها.

— إلى زوجتي الفاضلة ، التي أكرمني الله بها ، فأينعت في حياتي ، وبعثت فيّ معاني الوفاء ، والصفاء ، و العطاء ، دون مقابل إلا رضا الله جل وعلا.

— إلى شقيقي الأكبر كمال ، وجميع إخوتي وأخواتي ، ومن جعل الله بيني وبينهم صلة العروة الوثقى التي لا انفصام لها.....

— تحية تقدير و وفاء و اعتراف إلى جميع مشائخي ، وأساتذتي و أقاربي ، وأحبابي و إلى لجنة مسجد الغفران عامة ، وإلى لجنتها العلمية خاصة ..... وأخص بالذكر السيدين الفاضلين الأستاذ الحاج داود بحاز، والأستاذ يوسف بابكر ـ فلله درّهما ـ

— إلى كل من له صفة محبة المسلمين و الدعاء لهم ، وينشد عزة دين ضاع بين أدعيائه قبل أعدائه !!!

إليهم جميعا أهدي نتاج جهدي هذا .

"وإذ تأذن ربكم لئن شكرتم لأزيدنكم" (1)

"من لا يشكر الناس لا يشكر الله" (2)

شكر وتقدير

بعد حمد الله وشكره والثناء عليه ، الذي أعانني ووفقني إلى إنجاز هذا العمل ، وهذا الجهد المبذول في الرسالة ، والذي آمل أن أكون قد وفقت فيه بإتمام الغرض الذي كان من أجله هذا البحث .

......فإنه لمن دواعي الفرح والسرور، والحبور والامتنان ، أن أتقدم بالشكر الجزيل إلى فضيلة أستاذي الدكتور **إسماعيل محمد البريشي** ــ حفظه الله ــ على تفضله بقبول الإشراف على هذه الرسالة رعاية ، وعناية ، وتوجيها ، فكان نبراسا أضاء دربي في الولوج إلى خضم هذا البحث في دروبه الوعرة ،ومسالكه الصعبة ، فيسر وذلل ــ بفضل الله سبحانه وتعالى ــ الصعاب وأدنى البعيد ، ولم يدخر وقتا ولا جهدا في القيام بإرشادي وتوجيهي ، حتى أصبح الحلم حقيقة ، فأسأل الله العلي القدير أن يجعل كل نفس من حياته ، وكل لحظة من عمره في ميزان حسناته ، ويرفع له يوم القيامة من درجاته ،ويجعله من العلماء العاملين المخلصين لدينه وعقيدته .

كما أقدم شكري وامتناني إلى الأساتذة العلماء الأفاضل ــ حفظهم الله تعالى ــ:
فضيلة الدكتور : ذياب عبد الكريم عقل .
فضيلة الدكتور : وائل محمد عربيات .
فضيلة الدكتور : أنس مصطفى أبو عطا .

الذين تكرموا عليّ بقبول مناقشة هذه الرسالة ، والتي منحوها من أوقاتهم الغالية، والعزيزة ، من أجل تقييم الرسالة وتقويمها ، وكذا تصويب كاتبها.

وأخيرا الشكر موصول إلى الجامعة الأردنية العتيدة ، ومكتبتها العامرة عامة ، وإلى كلية الشريعة وأساتذتها ، وموظفيها خاصة .
كما أشكر كل من ساعدني في إخراج هذا العمل ، إما بالدعاء لي في ظهر الغيب ، أو بتوفير كتاب ، أو تشجيع ،أو دعم ، من أجل إكمال مسيرة البحث...،
فجزاهم الله عني كل خير.

(1) ـ سورة إبراهيم ، الآية ٧ .
(2) ـ أخرجه الترمذي من كتاب البرّ والصلة ، باب ما جاء في الشكر لمن أحسن إليك ، ج٤ ،ص ٢٩٨ . وقال : هذا حديث حسن صحيح .

فهرس المحتويات

القواعد والضوابط الفقهية في نظرية الضمان ـ دراسة تحليلية ـ

إعداد
إدريس صالح الشيخ فقيه

المشرف
الدكتور إسماعيل محمد البريشي

ملخـــــص

تناولت هذه الدراسة موضوع القواعد والضوابط الفقهية في نظرية الضمان وتطبيقاتها وفروعها في الفقه الإسلامي ، وذلك بهدف جمع هذه القواعد في مؤلف واحد ، حتى يعطي تصورا كاملا للموضوع ، فكانت هذه الدراسة العلمية محاولة لجمع القواعد والضوابط الفقهية التي تتعلق بالضمان ، وذلك بذكر نبذة عن القواعد الفقهية ، في تعريفها ،ونشأتها ، وأهميتها، ثم الفروق بينها وبين العلوم الأخرى المتشابهة، كالضوابط و النظريات ، والقواعد الأصولية ، ثم تبيان فوائد دراستها وحجيتها.

ثم تتابع الدراسة في تعريف الضمان لغة واصطلاحا ،وأدلته الشرعية ومصادره ،وأركانه ومعرفة مقاصد الضمان والحكمة من تشريعه.

ثم تناولت في دراستها استقصاء هذه القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان ، وجمعها في مظانها من كتب القواعد الفقهية وغيرها من المصنفات الفقهية عند المذاهب الأربعة المعتمدة ، وغيرها من المذاهب الأخرى ، كمذهب الإباضية ،ومذهب الجعفرية .

ثم عمدت إلى بيان معنى القاعدة على النحو الذي يخدم غرضنا من هذه الدراسة ،وكذا مصدرها ، واحتجاج الفقهاء بمعظم هذه القواعد ، وحاولت طرح بعض التطبيقات الفقهية عليها ، وخرجت عليها بعض المسائل المعاصرة .

وأخيرا تحدثت عن الضوابط الفقهية الخاصة بالضمان ،وذلك على نفس النسق الذي سلكته في فصل القواعد الفقهية ، حيث بينت فيه معنى الضوابط التي وضعها الفقهاء ، وكيف استخلصوها من مصادرها الفقهية ، ثم ذكرت الفروع الفقهية لكل ضابط ، وحاولت تخريج بعض المسائل العصرية المستجدة ، وذلك من باب تخريج الفروع على الأصول ، حتى يسهل على الباحثين الوصول إلى مسائل الضمان الكثيرة بأيسر الطرق .

مقدمة

إن الحمد لله نحمده ونستعينه ونستغفره ، ونعوذ بالله من شرور أنفسنا ، ومن سيئات أعمالنا ، من يهده الله فلا مضل له ، ومن يضلل فلا هاديَ له ،وأشهد أن لا إله إلا الله وحده لا شريك له ، وأشهد أن سيدنا محمدا عبده ورسوله ،بلّغ الرسالة وأدى الأمانة وكشف الغمة ، ونصح الأمة ، وجاهد في الله حق جهاده حتى أتاه اليقين ــ صلى الله عليه وسلم ــ وعلى آله وصحبه ،ومن سار على دربه ، واقتفى أثره إلى يوم الدين .

أما بعد :

فإن من عظيم نعمة الله عليَّ ــ بعد نعمة الإيمان بالله تعالى ــ أن أكون من دارسي علم الفقه وأصوله في الجامعة الأردنية ،باعتبار أن علم الفقه علم عظيم وفن كبير ،فهو أعظم ثروة علمية فقهية في الإسلام ، توارثناها من جيل إلى جيل آخر ، لأنه المنهاج الكامل للمسلم المكلف في حياته كلها منذ الولادة إلى الوفاة ، فكل لبنة من لبنات الحياة للمسلم ، تقوم على أساس الفقه والإلمام به ومحاولة الإطلاع على تفاصيله وفروعه ودقائقه ، فعلم الفقه جليل في موضوعه ، فهو العلم الوحيد الذي يضمن للإنسانية كامل الراحة والسعادة والهناء ، باعتبار ما تتسم به الشريعة الإسلامية من جلبٍ للمصالح ودرءٍ للمفاسد ، وبهذا نعلم لمَ شمّرعلماء الفقه عن ساعد الجد وبذل الجهد الكبير في نشر هذا العلم العظيم وتمحيصه وتدوينه ، وتفريع مسائله التي تجدّ من حوادث وقضايا ... التي لم ينص عليها دليل شرعي من كتاب الله أو السنة المطهرة الشريفة ، وهذا بدءاً من صحابة رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ وتلاميذهم من التابعين وتابعي تابعيهم ، مرورا إلى الأئمة المجتهدين ومن جاء بعدهم .

فكان من تنوع وتشتت تلك الفروع الفقهية الكثيرة والمتشعبة ، أن وُجد فن عظيم من فنون الفقه ، وهو فن القواعد الفقهية الذي ساعد على نمو الفقه بشكل واسع ودقيق ،ومما لاحظ الفقهاء عند استعمال النظر ودقة الاستنباط من نصوص الكتاب والسنة واستقراء تلك الفروع الفقهية الكثيرة ، أن استنتجوا هذه القواعد الفقهية التي لها مكانة مرموقة بين فنون الفقه الأخرى.

ولما كان البحث حول موضوع وإعداد رسالة علمية باعتبار كوني طالبا في كلية الشريعة في الدراسات العليا لنيل درجة الماجستير ، وبعد التردد والإقدام والإحجام وقع اختياري على موضوع في القواعد الفقهية جدير بالبحث والدراسة هو القواعد والضوابط الفقهية في نظرية الضمان ، وهو الذي انصب عليه الفكر والاختيار ، وانتهى إليه الأمر بعد عون الله سبحانه وتعالى .

و من خلال دراستي لمادتي القواعد الفقهية ، ونظرية الضمان في المساق الدراسي ، فقد آثرت أن أكتب في موضوع القواعد والضوابط الفقهية التي اشتملت على موضوع الضمان ، ولذلك سيكون بحثي هو استخراج تلك القواعد والضوابط الفقهية في الضمان من كتب الفقه ومصادره القديمة .

ــ مشكلة الدراسة وأهميتها:

إن الإسلام كما وضع قواعد للعبادات وأصولها من صلاة وزكاة وصيام وحج ......، وضع كذلك قواعد للمعاملات بين الناس .

..وإن كان الملاحظ أن أغلب الناس يهتمون ويعتنون بأحكام العبادات ، خاصة العوام والسواد الأعظم من الناس ، و في المقابل يهملون دراسة المعاملات من فقه وأحكام ومسائل من

الناحية الشرعية ، وهذا خطأ كبير ، إذ إن المعاملات في الفقه الإسلامي لا تقل أهمية عن العبادات ، بل ربما العكس أن الالتزام بالمعاملات الشرعية دليل صدق الالتزام بشرع الله ودينه ، فلو رجعنا إلى القرآن الكريم لوجدنا أن أطول آية في القرآن الكريم هي في المعاملات ، وهي آية الدين التي وردت بعد آية إباحة البيع وحرمة الربا " يا أيها الذين آمنوا إذا تداينتم بدين إلى أجل مسمى ...."[(١)].

وكذلك فإن السنة النبوية الشريفة تضمنت كثيرا من الأحاديث ، من أقوال النبي عليه الصلاة والسلام ،حتى جعل معيار حسن الدين هو المعاملة ، وحسن الخلق.....، إلى غيرها من نصوص شرعية تبين أهمية فقه المعاملات في الشريعة الإسلامية ومعرفة أصول التعامل وضوابطه الشرعية لمعرفة الأوامر والنواهي والحلال والحرام والمباح والمندوب والواجب ....حتى جعل النبي صلى الله عليه وسلم التفقه في الدين من أساسيات هذا الدين الحنيف .
من هنا تأتي أهمية موضوع الضمان في الفقه الإسلامي ،أنه ليس موضوعا على سبيل الإطلاق والتعميم ، بل هو مقيد بقيود الشرع وفق قواعد وضوابط فقهية رصينة ومقاصد عظيمة في حفظ الكليات العامة في الشريعة الإسلامية الغراء .

فأصبح موضوع الضمان من أكثر المواضيع التي تطرح على أهل الفقه والفتوى والعلم الشرعي :

١ ــ عن أحكام الضمان وأسسه ...
٢ ــ وعلى من يقع التعويض إن كان الاعتداء عمدا أو خطأ ؟
٣ ــ و هل التعويض عيني أم نقدي ؟
٤ ــ ومن المسؤول عن التقصير الذي سبب ضررا أهو البائع أم المشتري ،أو هو المؤجر أم المستأجر .....وهكذا في كل العقود الشرعية الأخرى .
٥ ــ هل يجوز أكل الغرامات ؟
٦ ــ هل يحكم بالتعويض الكامل عن كل ضرر مباشر يلحق المتضرر؟
٧ ــ هل التعويض في الماديات فقط ؟ أم هو حتى في المعنويات ؟
٨ ــ هل اختلاف الدين موجب لاختلاف الضمان و التعويض ؟
٩ ــ وعن حوادث الإتلاف المتكررة في الحياة الواقعية الجارية بين الكبار والصغار نجد الشيء الكثير والكثير.....

ومن ثم تظهر بشكل كبير أهمية موضوع الضمان في الفقه الإسلامي بشكل عام ، وأهمية دراسة قواعده وضوابطه الفقهية بشكل خاص ، وهذا ما لوحظ في الدراسات الفقهية الحديثة والمعاصرة ، من توظيف القواعد الفقهية ذات الموضوع الواحد لإيجاد الحلول والمستجدات التي يعوزها النص المباشر.

وموضوع الضمان يحتل أهمية كبرى لكل فئات الناس وطبقاتهم الاجتماعية ، وبالأخص العلماء والأئمة والفقهاء ، وكذا القضاة والمحامون ، فضلا عن التجار والصانعين والفلاحين والمزارعين ، والمتعاملين في المضاربات والكفالات والشركات والوكالات والجنايات والديات والإجارات والأمانات من الوديعة والعارية والوصاية والهبة ......وغير ذلك .

---

(١) ـ سورة البقرة ، الآية : ٢٨٢ .

إن بحث الضمان تكمن أهميته بالخصوص في :
١ ـ إبراز حفظ الإسلام لحقوق الأفراد وأموالهم من كل أذى وتلف وضياع.
٢ ـ كيفية تطبيق القواعد لمبدأ العدالة الذي قامت له السماوات والأرض.
٣ ـ بيان القواعد الفقهية والضوابط التي وضعها الفقهاء باعتبارها أساسا لنظرية الضمان في الإسلام.
٤ ـ بيان مقاصد الشريعة من خلال القواعد والضوابط الفقهية للضمان كتأصيل للفقه الإسلامي ونظرته البعيدة المنزلة من لدن حكيم خبير " **ومن أحسن من الله حكما لقوم يوقنون** "[١].

والوقع أن موضوع الضمان في الفقه، موضوع عام وواسع بحيث لا يمكن استيعابه تفصيلا خلال الحجم المقدر لمثل هذه الدراسة العلمية الموجزة، ولهذا سنقتصر هنا على القواعد الفقهية وضوابطها الخاصة المتعلقة بالضمان ،والتي استنبطها الفقهاء وقرروها ، ونصوا عليها بما يتناسب والغرض الذي من أجله جاءت هذه الدراسة.

وتتمثل أهمية الكتابة في موضوع الضمان عامة ، وفي قواعده وضوابطه فيما يلي :

١ ـ يشهد الواقع خلافات بين الناس حين تلحق أضرار جسيمة بالأشخاص أو الأموال أو الممتلكات الخاصة والعامة، لذلك كان لا بد من وجود قواعد وضوابط فقهية خاصة ملزمة ، يجب احترامها ومراعاتها أثناء عملية الضمان أو التضمين على حد تعبير فقهاء الإسلام ، حيث تراعى فيها الجوانب الإنسانية، فجاءت هذه الدراسة لإبراز هذه القواعد و الضوابط .

٢ ـ بيان الرؤية الإسلامية في حفظ حقوق الإنسان بضمان أمواله وممتلكاته عند التلف أو الإهمال، وعرض ما اشتملت عليه الشريعة والفقه الإسلامي من حقوق وغيره في هذه الظروف.

٣ ـ أهمية موضوع الضمان في الفقه الإسلامي من خلال قواعده وضوابطه الفقهية سواء من الناحية الشرعية أو الناحية العملية للناس لكثرة أحوالهم وخلافاتهم في أمور التعويضات وغيرها، حيث يحتاج إليه من الناحية العلمية ، الطالب والباحث و القاضي والمحامي والمفتي والإمام ....

٤ ـ العمل على توضيح الصورة نتيجة للجهل الكبير لعموم الناس بالأحكام الشرعية التي تتعلق بالضمان خاصة ظروف أحوال أصحاب الصناعات ،والمهن ،والحرف ،التي يمارسونها ، بل وحتى في ضمان الأخطاء الوظيفية المتميزة كالطب والجراحة والهندسة وغيرها.

٥ ـ بيان أن فقه الضمان بضوابطه وقواعده الفقهية له من شمولية الإسلام وإحاطته بكافة نواحي الحياة وجوانبها فوق كل أرض وتحت كل سماء.

٦ ـ مقارنة قواعد الضمان بين أحكام الشريعة، والقانون الوضعي في هذا الشأن، وهذه المقارنة ليس الهدف منها المقارنة في حد ذاتها، لأن المقارنة في الغالب تكون بين القرينين النديين، وليس كذلك هنا، وإنما الهدف منها أولا وأخيرا هو: إبراز جانب العدل والقسط والعمق

[١] ـ سورة المائدة ، الآية ٥٠ .

في شريعتنا الغراء، ومن ثمة الانتصار لها، وبيان أنها صالحة لكل زمان ومكان. وستكون هذه المقارنة واحدة من سمات هذه الدراسة.

٧ ـ توضيح الأحكام الشرعية التي استنبطها الفقهاء والعلماء في مختلف المذاهب الإسلامية في هذا الجانب، اعتمادا على النصوص الشرعية من الكتاب والسنة، أو من اجتهادهم الخاص وفق القواعد الشرعية الضوابط الفقهية الخاصة فقط بالضمان

٨ ـ بيان القواعد الفقهية والضوابط التي وضعها الإسلام لتنظيم حالة الضمان وأحكامه.

٩ ـ عدم وجود كتاب مستقل ـ فيما أعلم ـ عن قواعد الضمان وضوابطه في الفقه بشكل مستقل واف ،لهذا كان الاهتمام بإيجاد بحث خاص ميسر بالقواعد والضوابط الفقهية للضمان يصبح مرجعا سهلا للطلبة والباحثين وكذا الأئمة والقضاة .من باب نص حديث رسول الله صلى الله عليه وسلم "... أو علم ينتفع به ".

ـ منهجية البحث:

وتتلخص أهم الخطوات التي سلكتها في كتابة البحث ، فيما يلي :

١ ـ اعتماد المنهج التحليلي الاستنباطي في صياغة المادة العلمية ، لدراسة القواعد الفقهية ، وضوابطها ، غير أنه من الإنصاف ، الإقرار بالقول أن هذه الدراسة ، قد اعتمدت على عنصر الانتقاء ، في رصد القواعد الفقهية الكثيرة ، لأن إيراد جميع القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان ، أمر لا تتحمله طبيعة الرسالة.
٢ ـ التركيز على رصد القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان ، من المصادر الأصلية المعتمدة في كتب الفقه للمذاهب الإسلامية المتعددة.
٣ ـ العمل على تحليل المادة العلمية الموجودة في القواعد الفقهية ، مع الحرص على الربط العلمي بين أصول هذه القواعد ، ودلالاتها الفقهية ، واستعمالات الفقهاء لها ، وكيفية الاحتجاج بها ، للبرهنة على العلاقة بين هذه القواعد ومضامينها الدالة عليها.
٤ ـ الحرص على الاستدلال بالقضايا والمسائل المعاصرة ، من خلال هذه القواعد.
٥ ـ العمل على عزو الآيات القرآنية ، إلى مواضعها من السور الكريمة .
٦ ـ تخريج الأحاديث والآثار النبوية، من المصادر الحديثية المشهورة ،وإذا كان الحديث في الصحيحين ، فأكتفي بهما ، وإن كان غير ذلك ، فأرجع إلى كتب السنن والأسانيد .
٧ ـ الحرص على توثيق آراء العلماء ، والباحثين المعاصرين ،الواردة في البحث من مصادرها، قدر الإمكان .

ـ الدراسات السابقة :

لقد تكلم العلماء والفقهاء قديما وحديثا في موضوع الضمان بشكل عام ، وبصورة إجمالية وذلك في أبواب الفقه المختلفة ، أما في ما يتعلق بموضوع دراستنا هذه :

" القواعد والضوابط الفقهية في نظرية الضمان ـ دراسة تحليلية ـ"

فإنه لم توجد فيه دراسة علمية أو كتاب خاص مستقل وواف بقواعد الضمان وضوابطه في الفقه الإسلامي، وإنما جاء ذكرها في فصول ، أو في مباحث ، أوفي جزئيات منثورة في كتب أهل العلم.

لذا فقد عزمت على الكتابة في موضوع الضمان بغية جمع القواعد الفقهية وضوابطه التي تخص باب الضمان ، من عناصره ، وتطبيقاته ، وأدلته ، والتي هي مبثوثة في كتب التراث الفقهية من أرباب المذاهب الإسلامية المعروفة ، وفي كتب الفقه المعاصرة .

وسأحاول إن شاء الله وبتوفيق منه في هذه الدراسة جمع شتات هذا البحث من مختلف مصادره سواء منها القديمة والحديثة ، وصياغتها بشكل جديد عصري ، بحيث أعمل على تسليط الضوء أكثر على أهم القواعد الفقهية الشرعية وضوابطها التي تخص باب الضمان.

آمِلاً أن يضيف هذا البحث جديدا لمكتبة الدراسات العليا، وأن يسهم في فهم تعاليم فقه باب عظيم من أكثر أبواب الفقه تعاملاً وواقعًا في حياة الناس وفق الشريعة الإسلامية الغراء.
وفي ما يلي بعض من كتب في القواعد الفقهية سواء في الكتابات القديمة أو الكتب الحديثة ، من الدراسات السابقة التي كتبت في موضوع الضمان وقواعده وضوابطه بشكل من الأشكال في هذا الفن :

أولا : شرح القواعد الفقهية : تأليف : الشيخ أحمد بن الشيخ محمد الزرقا (ت١٩٣٨م).
فالشيخ أحمد ــ رحمه الله ــ ألف هذا الكتاب في ظل تدريس القواعد الفقهية، وشرح قواعد "مجلة الأحكام العدلية "، ولكن مع ذلك لم نجده يذكر فصلا خاصا بقواعد الضمان ولا ضوابطه ،والتي هي موضوع دراستنا هذه .

ثانيا : القواعد الفقهية :مفهومها ، نشأتها ، تطورها ، دراسة مؤلفاتها ، أدلتها ،مهمتها ، تطبيقاتها .المؤلف :علي أحمد الندوي.
ورغم أهمية الكتاب لأي باحث في فن القواعد الفقهية ،لكن لاوجود للقواعد الفقهية في باب الضمان ، إلا القليل منها ، ولا وجود لأي ذكر لضوابطه في أي فصل.

ثالثا : نظرية التقعيد الفقهي ،وأثرها في اختلاف الفقهاء المؤلف:الدكتور محمد الروكي.
هذا الكتاب حاول صاحبه التركيز على إبراز نظرية التقعيد الفقهي عند الفقهاء ،لكن عند التدقيق في الكتاب ، لم نجد فصلا خاصا عن قواعد الفقه في الضمان وضوابطه ،وإنما الأمر كان عبارة عن ذكر بعض القواعد الفقهية بصورة عامة.

رابعا : نظرية الضمان في الفقه الإسلامي أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي ــ دراسة مقارنة ــ المؤلف : الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي.
ركز الدكتور وهبة الزحيلي في كتابه هذا ، على بيان نظرية الضمان كنظرية خاصة من النظريات الفقهية الأخرى ، لكن نجد المؤلف عقد فصلا خاصا للقواعد الفقهية المتعلقة بالضمان ، ذكر فيه حوالي عشرين قاعدة فقهية ، شرحها وعلق على كل واحدة منها بشكل منفرد ومختصر، لكن مما لاحظناه على هذه الدراسة أن هذه القواعد محدودة غير وافية ،وليس فيها ذكر للضوابط الفقهية الخاصة بالضمان.

خامسا : القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية .
المؤلف : الدكتور عبد المجيد عبد الله دية
وهذا كتاب عمل فيه صاحبه على جمع وترتيب القواعد والضوابط الفقهية التي تتعلق بموضوع المبيع ، ثم دراستها وشرحها وتحليلها وبيان تطبيقاتها واستثناءاتها

وقد عمل المؤلف على استقراء كتب الفقه والقواعد وتتبعها ، لاستخراج أهم القواعد والضوابط التي تتعلق بالمبيع كموضوع خاص من حيث الترتيب والتجميع والتنظيم ، ولم يكن خاصا بقواعد وضوابط الضمان ، لكن رغم ذلك ذكر بعض الضوابط التي تتعلق بالضمان .

سادسا: القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في المعاملات المالية.
المؤلف : الأستاذ إبراهيم علي أحمد محمد الشال .
وفي هذا الكتاب عمل صاحبه على استخراج القواعد الفقهية عند علم من أعلام الفقه الإسلامي ، هو شيخ الإسلام ابن تيمية في باب المعاملات المالية ، لما عرف عن هذا الشيخ من فكر واسع ،وإدراك كبير لعلوم الشريعة الغراء
وحاول الباحث الوصول إلى المنهج الذي سلكه الشيخ ابن تيمية ـ رحمه الله تعالى ـ وذلك عن طريق البحث في قواعده الفقهية التي بنى عليها مذهبه الفقهي ، ولكن خلا البحث من ذكر القواعد التي تتعلق بالضمان ، واكتفى بذكر بعض الضوابط .

سابعا:القواعد الكلية والضوابط الفقهيةفي الشريعة الإسلامية.الدكتورمحمد عثمان شبير.
هذا الكتاب صنفه صاحبه لطلبة كلية الشريعة بالجامعة الأردنية ،لكن في الحقيقة حاول المؤلف جمع القواعد الفقهية وتطبيقاتها سواء الخاصة بالضمان أو بالحلال أو الحرام ، أو بالقضاء وطرق الإثبات ، أو بالسياسة الشرعية ، وبالاجتهاد الفقهي ، وما يندرج تحتها من قواعد أو ضوابط أو فروع فقهية ، لكن ما يهمنا في دراستنا أن المؤلف شرح بعض القواعد الخاصة بالضمان ،ولا يوجد ذكر لضوابط الضمان.

ثامنا: ضمان العقد في الفقه الإسلامي ـ دراسة مقارنة مع القانون ـ
الدكتور محمد نجدات الأحمد.
كانت هذه الرسالة محاولة من الباحث تسليط الضوء على أحكام الضمان في العقود بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ، ومما استفدنا منه في بحثنا ما ذكره المؤلف من الفرق بين ضمان العقد وضمان اليد وضمان الإتلاف ، وذكر مجموعة من القواعد الفقهية التي تتعلق بضمان العقود ، ومما يؤخذ على هذا الكتاب أنه يخلو تماما من ذكر الضوابط الفقهية المتعلقة بباب الضمان ، ويفتقر إلى ذكر الكثير من القواعد الفقهية الأخرى في الضمان ، إذ اكتفى فقط بذكر القواعد الفقهية الخاصة بضمان العقود .

تاسعا: ضمان الضرر المالي غير المـادي ـ دراسة مقارنة بين الفقه والقانون ـ المؤلف : الأستاذ حوران محمد سليمان
وقد خلا هذا الكتاب تماما من ذكر القواعد الفقهية الخاصة بالضمان ، فضلا عن ذكر الضوابط الفقهية المتعلقة بباب الضمان.

عاشرا: ضمان المتلفات في الفقه الإسلامي: المؤلف هو الدكتور سليمان محمد أحمد
وكذلك فإن هذا الكتاب خلا من القواعد الفقهية أو الضوابط الفقهية التي تتعلق بالضمان.

الحادي عشر:الضمان في الفقه الإسلامي .المؤلف لأستاذ علي الخفيف رحمه الله تعالى ـ وتناول الشيخ الجليل في هذا الكتاب أهم مسائل الضمان فيما يتلف من الأموال مع الموازنة بين آراء الفقهاء ، لكن منهج دراسته لم يتناول ذكر قواعد وضوابط الضمان.

الثاني عشر : إبراء الذمة من حقوق العباد .المؤلف الدكتور نوح علي سلمان

وهذا الكتاب ركز صاحبه على إبراء الذمة مما تعلق بها بسبب الضمان ، وما يلزم ذمة الضامن بعد عقد الضمان ،و كيفية إبراء الذمة مما تعلق بها بسبب الأمانات ، لكنه كان خاليا من ذكر القواعد والضوابط التي تتعلق بالضمان .

وهناك كثير من كتب التراث في القواعد الفقهية ، وبعض الكتب المعاصرة مثل :
ـ كتاب "القواعد في الفقه الإسلامي"لابن رجب الحنبلي.
ـ كتاب " الأشباه والنظائر" لعبد الوهاب بن علي بن السبكي .
ـ كتاب " الأشباه والنظائر" لعبد الرحمن بن محمد السيوطي.
ـ كتاب " الأشباه والنظائر" لزين الدين بن إبراهيم الشهير بابن نجيم .
ـ المدخل الفقهي العام ، للعلامة الجليل مصطفى الزرقا ـ رحمه الله ـ
ـ قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف.... ،تحقيق الدكتور محمد الروكي.

هذه الكتب قدم مؤلفوها جهدا كبيرا في إبراز الأحكام الفقهية والقواعد الفقهية للضمان ، ولكن مع ذلك نلحظ أن هذه الكتب ، لم تبحث في الضمان كنظرية خاصة في الفقه ، وبعض هذه الكتب تقتصر أحيانا على مذهب فقهي واحد ، وإشارة إلى بعض المذاهب الفقهية الأخرى، كما أن عددا من هذه الكتب التي بحثت موضوع الضمان لم تبحث في كل قواعد الضمان وتظهر ضوابطه.

فأحببت أن أتمم هذا العمل في هذا البحث المقدم متبعا الخطوات الآتية :
١ ـ جمع أكبر عدد ممكن من قواعد الضمان وضوابطه في الفقه من كتب التراث وكتب الفقه الحديثة ، وتطبيقاتها المعاصرة.
٢ ـ عدم الاقتصار على قواعد مذهب واحد ، بل أحاول أن أتوسع في كل المذاهب الإسلامية المعروفة وغيرها من المذاهب الأخرى كمذهب الإباضية والجعفرية حسب توافر المصادر والمراجع.

وقد جاءت خطة هذا البحث على النحو التالي :

فصـــل تمهيـــدي: تحدثت في هذا الفصل ، عن تعريف معنى القاعدة والضوابط لغة واصطلاحا ثم تطرقت إلى أطوار نشأة القواعد وتكوينها ، ورسوخها ، واستقرارها ، ثم ذكرت الفروق بينها وبين الضوابط ، وكذا القواعد الأصولية والنظريات الفقهية ، وأخيرا بيان أهميتها ، وفوائد دراستها ، ثم حجيتها.

الفصل الأول: وتناولت فيه تعريف بالضمان ، وأركانه ، ومقاصده .

الفصل الثاني:وتحدثت فيه عن القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان،حيث لكل قاعدة مبحث خاص بها.

الفصل الثالث : وتناولت فيه الضوابط الفقهية المتعلقة بالضمان ، وجعلت لكل ضابط مبحثا خاصا به.

وختمت بحثي هذا بجملة من النتائج التي احتوت عليها الرسالة ، وذكرت فيها أهم التوصيات التي توصلت إليها .

وألحقت أخيرا في الرسالة بفهرس الآيات القرآنية ، وفهرس للأحاديث النبوية الشريفة ، بحيث تتزين بها هذه الأطروحة العلمية.

وختاما هذا الذي قمت به هو جهد المقل ، والكمال من صفات الله عز وجل ، والنقص من صفات البشر ، ويأبى الله تعالى إلا أن تكون العصمة لكتابه ولرسله عليهم الصلاة والسلام.
فأسأله تعالى أن يتقبل مني هذا العمل ويكون خالصا لوجهه الكريم ،ويجعله طريقا لي إلى مغفرته وستره وعفوه ، وأسأله أن يجعله بكرمِهِ ومَنِّه ،زلفى إلى مثوبته ورضوانه ،ويلهمني الرشد والسداد والصواب في القول والعمل .

وصلِّ اللهم وسلم وبارك على سيدنا محمد
إمام الهدى والرحمة ، والنعمة المهداة ، والرحمة المسداة ، إلى كافة البشرية التي تنتظر السلام والأمن في العالم ، وعلى آله وصحبه أجمعين.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

القواعد الفقهية هي مركب إضافي يتكون من لفظين ، وفيما يلي بيان لكل منهما:

المطلب الأول
التعريف بالقاعدة لغة واصطلاحا

الفرع الأول : القاعدة لغة :

تفيد مادة (قعد) المكونة من القاف والعين والدال معنى الاستقرار والثبات ، قال العلامة ابن فارس[(١)] : " القاف والعين والدال أصل مطرد لا يخلف ، وهو يضاهي الجلوس ، وإن كان يتكلم في مواضع لا يتكلم فيها بالجلوس"[(٢)].

يطلق لفظ (القاعدة) في لغة العرب ، ويراد بها عدة معاني عديدة ، يفهم من خلالها المقصود والمراد منها حسب سياق لفظها في الكلام العربي ، وهذه المعاني هي :

١ ــ الأساس : ومنه قواعد البيت ،أي أسسه ، وفي القرآن الكريم قوله تعالى :" **وإذ يرفع إبراهيم القواعد من البيت وإسماعيل** "[(٣)].
وفيه أيضا قوله تعالى " **فأتى الله بنيانهم من القواعد** "[(٤)].

٢ ــ الأصل :"ويقال: قواعد السحاب ، والمعنى أصولها المعترضة في آفاق السماء، شبهت بقواعد البناء "[(٥)].

٣ ــ الثابتة : قال العلامة الزمخشري ــ رحمه الله تعالى ــ :" والقواعد ،جمع قاعدة ، وهي صفة غالبة ، ومعناها الثابتة ومنه : قعدك الله ، أي أسأل الله أن يقعدك أي يثبتك "[(٧)].
قال الألوسي[(٨)] :" القواعد ،جمع قاعدة ، وهي الأساس ، صفة صارت بالغلبة من قبيل الأسماء الجامدة بحيث لا يذكر لها موصوف ولا يقدر، من القعود بمعنى الثبات"[(٩)].

---

(١) ـ هو أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا القز ويني ، كان إماما في علوم اللغة ، وضليعا في علوم أخرى ، أصله من قزوين ، أقام في همذان مدة من الزمن ، ثم انتقل إلى الري ، فنسب إليها ، توفي سنة ٣٩٥ هـ ، من مؤلفاته : "معجم مقاييس اللغة "، و "المجمل في اللغة " ، و "الفصيح وتمام الفصيح " ، و " الصاحبي " وغيرها، راجع في ترجمته : وفيات الأعين " لابن خلكان (ج ١ / ص ١٠٠) ، و "الأعلام " (ج١ / ص ١٩٣).

(٢) ـ ابن فارس ، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (٣٩٥هـ) ، معجم مقاييس اللغة ، دار الفكر لنشر والتوزيع ، بيروت ،الطبعة الثانية ،١٤١٨هـ/١٩٩٨م ، تحقيق :شهاب الدين أبو عمرو (ج٥ / ص ١٠٨).

(٣) ـ سورة البقرة ، الآية ١٥٧.

(٤) ـ سورة النحل ، الآية ٢٦ .

(٥) ـ ابن منظور ،أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم بن منظور الإفريقي المصري ، لسان العرب دار صادر للطباعة والنشر ، بيروت، ١٣٧٤هـ/١٩٥٦م ، ج٣/ ص ٣٦١..

(٧) ـ الزمخشري ،محمود جار الله أبو القاسم،الكشاف عن حقائق التنزيل وعيون الأقاويل في وجوه التأويل،ج١ / ص٣١١

(٨) ـ هو محمود بن عبد الله بن محمود الحسيني الألوسي، شيخ علماء عصره في العراق ، مفسر محدث ، فقيه أديب لغوي ، ولد ببغداد(١٢١٧هـ ،١٨٠٢ م) وتقلد الإفتاء فيها ، وتوفي سنة (١٢٧٠ هـ ،١٨٥٤ م) ، من تصانيفه : روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني راجع ترجمته في : فهرس الفهارس للعلامة الكتاني (ج١ / ص٩٧) ، التفسير والمفسرون للذهبي (ج١ /ص ٣٥٢) .

(٩) ـ الألوسي ،محمود بن عبد الله الحسيني ،روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني،ج٢ / ص ٣٨٣.

٤ ـــ المرأة الكبيرة التي لا ترجو نكاحا ، أو المرأة التي لم تحمل ، أو النخلة التي لم تحمل،قال العلامة ابن فارس:(امرأة قاعدة إن أردت القعود ، وقاعد عن الحيض والأزواج ،والجمع قواعد "[١] ، ومنه قوله تعالى " **والقواعد من النساء اللاتي لا يرجون نكاحا** "[٢].
٥ ـــ المآل والمستقر والمكان : و المقاعد هي مواضع قعود الناس في الأسواق وغيرها، جاء في محكم التنزيل " **في مقعد صدق عند مليك مقتدر**"[٣] ، وجاء أيضا " **وإذ غدوت من أهلك تبوّئ المؤمنين مقاعد للقتال والله سميع عليم** "[٤] ، كناية عن المعركة التي بها المستقر[٥].
نلحظ أن هذه الاستعمالات للفظ (القاعدة) تدور عموما على الأساس و الأصل ، يجمعها معنى واحد هو الثبات والاستقرار والقرار.

الفرع الثاني : القاعدة اصطلاحا

ليس هناك علم تام على وجه اليقين ، بداية ظهور أول تعريف للقاعدة ، لصعوبات كثيرة تحيط بهذا الشأن ، منها صعوبة استقراء المؤلفات التي كتبت خلال قرون عديدة[٦].
عرف الفقهاء والأصوليون القاعدة تعريفات عديدة ، واخترت منها ما يلي :

١ ـــ عرفها الشريف الجرجاني بأنها :" قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها "[٧].

٢ ـــ وعرفها الفيومي بأنها :" الأمر الكلي المنطبق على جميع جزئياتها "[٨].

٣ ـــ وعرفها أبو البقاء الكفوي بأنها : " قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها "[٩].
٤ ـــ وعرفها التفتازاني بأنها:"حكم كلي ينطبق على جزئياته لتعرف أحكامها منه"[١٠].

٥ ـــ وعرفها تاج الدين السبكي بقوله :" القاعدة: الأمر الكلي الذي ينطبق عليه جزئيات كثيرة تفهم أحكامها منه "[١١].

---

[١] ـ ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ج٥/ ص ١٠٨.
[٢] ـ سورة النور ، الآية ٦٠.
[٣] ـ سورة القمر ، الآية ٥٥.
[٤] ـ سورة آل عمران ، الآية ١٢١.
[٥] ـ الجوهري ،أبو نصر إسماعيل بن حماد ، الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٠هـ /١٩٩٩ م ، تحقيق د إميل بديع يعقوب ، ود محمد نبيل طريفي ،ج٢ ،ص ١٣٣ . ـ ابن منظور ، لسان العرب ، ج٣ ،ص٣٥٧.
[٦] ـ انظر ، الباحسين ،يعقوب بن عبد الوهاب ،القواعد الفقهية ، المبادئ ،المقومات ، المصادر الدليلية ، التطور ،مكتبة الرشد ، الرياض ، الطبعة الأولى ، ١٤٠٨هـ /١٩٩٨ م ، ص ٤٩ .
[٧] ـ الجرجاني ، علي بن محمد ، التعريفات ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،الطبعة ١٤٠٣،١هـ /١٩٨٣ م،ص١٧١.
[٨] ـ الفيومي،أحمد بن محمد بن علي المقري (ت ٧٧٠هـ)، المصباح المنير في غريب الشرح الكبير، طبع بولاق مصر،الطبعة الثالثة ،١٣١٦هـ، ج٢ /ص ٧٤.
[٩] ـ الكفوي ،أيوب بن موسى الكفوي الحسيني (ت ١٠٩٤هـ) ، الكليات ،معجم في المصطلحات والفروق اللغوية ،نشر وزارة الثقافة والإرشاد القومي ، دمشق ،الطبعة الثانية ، ١٩٨٢ م.
[١٠] ـ التفتازاني ،سعد الدين ،التلويح على التوضيح ،مطبعة محمد علي صبيح وأولاده بالأزهر ،١٣٧٧هـ/١٩٥٧م.
[١١] ـ السبكي ، تاج الدين عبد الوهاب بن علي ابن عبد الكافي(ت ٧٧١هـ) ،الأشباه والنظائر ، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود والشيخ علي محمد معوض ، دار الكتب العلمية ، بيروت،١٤٢٢هـ/٢٠٠١ م،ج١، ص١١.

والجامع في هذه التعريفات أنها ركزت على أن القاعدة الفقهية هي قضايا كلية تنطبق على كل جزئياتها.

٦ ــ وعرفها العلامة الحموي بأنها:"حكم أغلبي ينطبق على معظم جزئياته لتعرف أحكامها منه"[١].

من خلال التعريفات السابقة للقاعدة يُلحَظ أنها تختص بعدة خصائص هي :
أ ــ أنها قضية كلية : لأن القاعدة يجب أن تنطبق على كل جزئياتها ، دون تخلف أيّ جزئية منها ، لكن يلاحظ على الكثير من هذه القواعد أن بعض الجزئيات تتخلف وتكون شاذة عن القاعدة ، لذا اجتهد بعض العلماء ، في التخلص من لفظ "جميع " الواردة في التعاريف السابقة للقاعدة ، ووضع بدلا منها لفظ "جزئيات كثيرة " أو"أغلب الجزئيات"، أو لفظ " أغلب "، ومن هؤلاء العلماء ابن السبكي و الحموي [٢].

ب ــ أنها تختص بالعمومية والتجريد : تتميز القاعدة عن الجزئية بأنها غير موجهة إلى شخص معين ، أو أشخاص بذواتهم ولا إلى وقائع معينة ، لأن العبرة بعموم اللفظ[٣].

جـ ــ القاعدة تصاغ صياغة موجزة:وتكون محكمة ودقيقة تدل على الشمول والاستغراق حتى لا تنزل القاعدة إلى منزلة الضوابط[٤] .
وعبرعن ذلك العلامة الجليل مصطفى الزرقا رحمه الله : " فهي تمتاز بمزيد الإيجاز في صياغتها على عموم معناها ، و سعة استيعابه للفروع الجزئية ، فتصاغ القاعدة بكلمتين أو بضع كلمات محكمة من ألفاظ العموم "[٥].

٢ ــ معنى الفقهية لغة واصطلاحا :
الفقهية:هي نسبة إلى الفقه ، وهي قيد في القواعد ، لإخراج ما ليس فقهيا ،منها كقواعد الحساب ، والهندسة ، وأصول الفقه ، وكون القواعد فقهية ، وذلك بسبب نسبتها إلى الفقه.

الفرع الأول: معنى الفقه لغة :
فقه هو من الحروف الثلاثية ، وقد ذكر علماء اللغة عدة معان للفقه هي :
١ ــ العلم : فالفقه يدل على إدراك الشيء والعلم به[٦].
٢ ــ الفهم والفطنة ، فقه يفقه فقها ، إذا فهم[٧].
٣ ــ البيان : فقولنا أفقهته ، أي بينت له[٨].

---

[١] ـ الحموي ، أحمد بن محمد الحنفي ،غمز عيون البصائر:شرح الأشباه والنظائر ، دار الكتب العلمية، بيروت،١٤٠٥هـ/ ١٩٨٥ م، ج١/ص٥١ .
[٢] ـ انظر،شبير ، محمد عثمان، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية ، دار الفرقان، عمان ، الطبعة ١، ١٤٢٠هـ/ ٢٠٠٠ م، ص ١٣،١٤ .
[٣] ـ المرجع السابق ، ص ١٤ .
[٤] ـ المرجع السابق ، ص ١٥ .
[٥] ـ الزرقا ، مصطفى أحمد ، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق ، ١٤١٨هـ/١٩٩٨ م،ج٢/ص ٩٦٥ و٩٦٦ .
[٦] ـ الفراهيدي ،أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد ، العين ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ،الطبعة الأولى ،سنة ١٤٢١هـ/٢٠٠١ م ، ج٣ ،ص ٣٧٠ . ابن فارس، معجم المقاييس في اللغة ، ص ٧٩١ .
[٧] ـ الفراهيدي ، العين ، ج٣ ، ص ٣٧٠ .
[٨] ـ المصدر نفسه ، ج٣ ، ص ٣٧٠ .

فالفقه عند علماء اللغة العربية يطلق على إدراك الشيء والعلم به ، ويراد به الفطنة والفهم ، ويراد به أيضا بيان الشيء وتوضيحه .
وعليه قال تعالى " **فمال هؤلاء القوم لا يكادون يفقهون حديثا** "[(١)].
وقال تعالى أيضا " **ولكن المنافقين لا يفقهون**"[(٢)] ،
وقال تعالى " **قالوا يا شعيب ما نفقه كثيرا مما تقول** "[(٣)] وعليه فالفقه هو الفطنة ، وأن أصل الفقه هو فهم غرض المتكلم من كلامه.

الفرع الثاني : معنى الفقهية اصطلاحا :
عرف جمهور العلماء الفقه بالصيغة نفسها ،وذلك بقولهم " الفقه هو العلم بالأحكام الشرعية العملية المكتسب من أدلتها التفصيلية "[(٤)].

وزاد العلامة ابن خلدون توضيحا لهذا التعريف حين قال : "...معرفة أحكام الله في أفعال المكلفين بالوجوب والحظر والندب والكراهة والإباحة ، وهي متلقاة من الكتاب والسنة وما نصبه الشارع لمعرفتها من الأدلة ، فإذا استخرجت تلك الأحكام من الأدلة قيل لها فقه"[(٥)].

وذهب العلامة الآمدي ــ رحمه الله تعالى ــ إلى التفرقة بين العلم والفهم ، وقال بأنهما مغايران ، فكل من المصطلحين يدل على غير ما يدل الآخر :

" قد عرف الفقه بالعلم وليس بالفهم ، و الأشبه أن الفهم مغاير للعلم ، إذ الفهم عبارة عن جودة الذهن من جهة تهيئته لاقتناص كل ما يرد عليه من المطالب ، وإن لم يكن المتصف به عالما ، كالعامي الفطن ،وعلى هذا فكل عالم فاهم ، وليس كل فاهم عالم"[(٦)].

ورغم تقديري لرأي هذا الإمام الجليل في التفريق بين العلم والفهم ، إلا أني أرى ــ والله أعلم ــ أنهما يدلان دلالة واحدة على الفقه، و يصبان على معنى واحد ، والخلاف خلاف شكلي ليس إلاّ ، ولا مشاحاة في الاصطلاح .

---

(١) ـ سورة النساء ، الآية ٧٨ .
(٢) ـ سورة المنافقون ، الآية ٧.
(٣) ـ سورة هود ، الآية :٩١ .
(٤) ـ الأسنوي ،جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن ، نهاية السول في شرح منهاج الوصول إلى علن الأصول (للإمام البيضاوي ت ٦٨٥ هـ) ،تحقيق د شعبان محمد إسماعيل ، دار ابن حزم ، بيروت ، الطبعة الأولى ،١٤٢٠هـ /١٩٩٩م، الجر جاني ، التعريفات ،١٧٠ ، الكفوي ، الكليات ، ج ٣ ، ص ٣٤٤ .
(٥) ـ ابن خلدون ، عبد الرحمن ، مقدمة ابن خلدون ، دار ٬حياء التراث العربي ،لبنان ، الطبعة ٤ ، ص ٣٨٩ .
(٦) ـ الآمدي ،سيف الدين أبي الحسن علي بن علي بن محمد ، الإحكام في أصول الأحكام ، تحقيق سيد الجميلي ، دار الكتاب العربي ،بيروت ،الطبعة ١ ، ١٤٠٤هـ ، ج١ ،ص ٠٧ .

المطلب الثاني
تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها علما

نذكر في ما يلي بعض تعريفات الفقهاء القدامى وبعض تعريفات الفقهاء المعاصرين ،للقاعدة باعتبارها علما ومنها:

١ ــ تعريف أبي عبد الله المقرّي من فقهاء المالكية :عرف القاعدة الفقهية بأنها: "كل كلي هو أخص من الأصول ، وسائر المعاني العقلية العامة، وأعم من العقود وجملة الضوابط الفقهية الخاصة"[1].

وصف المقرّي القواعد بأنها كلية ، وإن كان هذا ينسجم مع التعريف العام للقاعدة ، إلا أنه عرف القاعدة الفقهية بمقارنتها مع غيرها من أصول الشريعة الإسلامية، وهذا ليميز بينها عن غيرها، فالقواعد الفقهية مختصة بالمسائل والفروع الفقهية وأنها أعم وأشمل من العقود ، كعقد البيع مثلا ، لأنها تدخل في أبواب متعددة من الفقه، وكذلك هي أعم من الضوابط الخاصة التي تتعلق بباب واحد من أبواب الفقه ،كباب البيوع مثلا[2]

٢ ــ عرفها الحموي الحنفي فقال : "هي عند الفقهاء حكم أكثري لا كلي ينطبق على أكثر جزئياته لتعرف أحكامها منه"[3] .

نلحظ أن هذا التعريف هو تعريف عام ينطبق على القاعدة الفقهية وعلى غيرها ، لأنه ينقصه أمر هام هو قيد " الشرعية " ليكون ذا دلالة واضحة على معنى القواعد الفقهية بشكل خاص ودقيق.

٣ ــ وعرفها الأستاذ الجليل الشيخ مصطفى الزرقا ــ رحمه الله تعالى ــ في كتابه " المدخل الفقهي العام" ، القواعد الفقهية هي: " أصول فقهية كلية في نصوص موجزة دستورية تتضمن أحكاما تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها"[4].

نلحظ أن تعريف الشيخ الزرقا من التعريفات الجيدة للقاعدة ، لولا ما فيه من وضع بعض الألفاظ التي لا ضرورة لها لتجلية حقيقة القاعدة الفقهية ، مثل قوله "كلية" بعد تعريفها بأنها "أصل" لأنه من العموم لجزئيات تتضمن في كلمة أصل ، ولا حاجة إلى الوصف بالكلي ، فليس هناك أصل كلي وأصل جزئي ، وكذا مثل قوله ــ رحمه الله ــ "في نصوص دستورية " فهذه شكلية يستحسن اتصاف القاعدة بها ، ولكنها ليست قيدا فيها، لأن من طبيعة التعريف أن لا يكون وصفا.

٤ ــ وعرفها الدكتور علي أحمد الندوي ، فقال: يمكن أن نعرف القاعدة بأحد التعريفين:

الأول :" هي حكم شرعي في قضية أغلبية يتعرف منها أحكام ما دخل تحتها"[5].

الثاني :" هي أصل فقهي كلي يتضمن أحكاما تشريعية من أبواب متعددة في القضايا التي تدخل تحته موضوعه"[6].

---

(1) ـ المقرّي، أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد ، القواعد ، تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد ، مركز إحياء التراث الإسلامي ، مكة المكرمة ، السعودية ، ج١ /٢١٢ .

(2) ـ انظر، دية ،عبد المجيد عبد الله ، القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية ،دار النفائس، الطبعة الأولى ،١٤٢٥هـ/٢٠٠٥ م ،ص ٢٥.

(3) ـ الحموي ، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، ج١ ص٥١.

(4) ـ الزرقا ، مصطفى أحمد ، المدخل الفقهي العام ،ج٢ ،ص ٩٦٥.

(5) ـ الندوي ،علي أحمد ، القواعد الفقهية مفهومها ، نشأتها ، تطورها ، أدلتها ، مهمتها ، تطبيقاتها ، دار القلم ، دمشق ، الطبعة الخامسة ،١٤٢٠هـ/٢٠٠٠ م ، ص٤٣ .

(6) ـ المرجع السابق ، ص ٤٥ .

ويمكن أن نضع الملاحظات التالية على التعريف الثاني:
الأولى : أن فيها تكرار لا داعي له ، ففي ذكر الحكم والقضية تكرار يغني عنه قضية شرعية أغلبية.
والثانية : أنه أدخل الثمرة وهي التعرف بالأحكام الشرعية ،ضمن التعريف ، والأصل في التعريفات أن تقتصر على ماهية المعرّف .
والثالثة : القول بأن القضية الفقهية أغلبية فيه نظر [١].

٥ ــ وعرفها الدكتور يعقوب الباحسين بأنها : " قضية كلية شرعية عملية ، جزئياتها قضايا شرعية عملية "[٢].

٦ ــ وعرفها الدكتور محمد شبير بأنها : " قضية شرعية عملية كلية ، تشتمل بالقوة على جزئيات موضوعها"[٣].

٧ ــ وعرفها الدكتور محمد الروكي بأنها : " حكم كلي مستند إلى دليل شرعي مصوغ صياغة تجريدية محكمة منطبق على جميع جزئياته على سبيل الاطراد أو الأغلبية "[٤] بعدما أورد اعتراضات وتحليلات كثيرة و متشعبة على تعريفات القدامى ، وانتقد تعريفات المعاصرين بشدة ،خاصة الدكتورعلي أحمد الندوي الذي، شنّ عليه حملة مما هو في غنى عنه[٥].

وبعد ذكر هذه التعريفات ،والتمعن فيها نلاحظ عدة أمور هي :
ــ أن تعريف العلامة المقرّي المالكي يتميز بالدقة والجزالة ، والصدق التام على معنى القاعدة الفقهية ، " ولكنه مع ذلك لا يخلو عن شيء من الغموض ، ولا يعطي صورة واضحة جلية للقاعدة الفقهية "[٦].

ــ إذا عرّفت القاعدة بأنها قضية ، فتندرج تحتها أفعال المكلفين ، أما إذا عرّفت بأنها حكم فتندرج تحتها أحكام[٧].

ــ وأيضا أنّ ما قرره العلامة الحموي أن القاعدة هي حكم أكثري ، فهذا لوجود المستثنيات والشواذ في القاعدة الفقهية أكثر مما توجد في غيرها من القواعد في العلوم الأخرى [٨].

---

(١) ـ لأن التعبير بأن القاعدة الفقهية هي قضية أغلبية ، ليست على سبيل القطع ، بل على سبيل الترجيح في النظر إلى كثرة القواعد وانطباقها على جميع أو معظم جزئياتها ،انظر ، الباحسين ،القواعد الفقهية ،ص ٥٠.
(٢) ـ المرجع السابق ، ،ص ٥٤ .
(٣) ـ شبير ، القواعد الكلية والضوابط الفقهية ، ص١٨.
(٤) ـ الروكي ، نظرية التقعيد الفقهي ،ص ٥٣.
(٥) ـ انظر بمزيد من التفصيل ، المرجع السابق ، ص ٤٨ ،٤٩ ،٥٠ ،٥١ ،٥٢.
(٦) ـ الندوي ،القواعد الفقهية ، ص ٤٢.
(٧) ـ المرجع السابق ،ص ٤٣.
(٨) ـ المرجع السابق.

وفي ضوء تلك التعريفات ، وعرض الملاحظات حولها يمكن لنا وضع التعريف التالي للقاعدة الفقهية :

" القاعدة الفقهية هي حكم شرعي أكثري،ينطبق بقوةعلى أحكام جزئية مندرجة تحتها "

وقد اخترت هذا التعريف الذي أراه دقيقا وجامعا ، من أجل عدة أمور:
١ ـ أن القواعد الفقهية في حقيقتها أحكام شرعية تدخل في أبواب مختلفة من الفقه ، ولذا فإنه يربط بينها الجانب الفقهي المشترك .

٢ ـ وتقييدها بالأحكام هنا للمعنى الشامل للحكم التكليفي والوضعي.

٣ ـ القيد الوارد في التعريف " شرعي " يخرج أي قاعدة من القواعد غير الشرعية ، ولذا تخرج الأحكام اللغوية إن كانت منطبقة على أحكام لغوية ، وإن كانت منطقية توصف القاعدة بالمنطقية ،....وهكذا.

٤ ـ كذلك القيد الوارد في التعريف " أكثري " يفيد إفادة واضحة، بأن هذه القواعد الفقهية تتسم بأن لها صفة الأكثرية أو الأغلبية، التي يندرج تحتها أحكام جزئية كثيرة ، لأنه قد تشذ بعض الفروع عن بعض القواعد ، حتى وإن كان خروج تلك الفروع لا يغير صفة العموم للقواعد ولا يحط من قيمتها ، ولذا فإن كثرة الاستثناءات الواردة على قاعدة فقهية ما فإنها تضعف دلالتها.

المطلب الثالث
تعريف الضوابط الفقهية لغة واصطلاحا

الفرع الأول: الضابط في اللغة :
الضوابط جمع ضبط ، وهو في اللغة مأخوذ من الضبط ، من ضبط الشيء يضبطه ضبطا ، أي حفظه حفظا بليغا ،أو حفظا حازما ، ومنه قيل : ضبطت البلاد ، إذا قمت بأمرها قياما حازما محافظا عليها.

والضبط هو لزوم الشيء وحبسه وحصره ، والضبط هو الإتقان والإحكام[١].

الفرع الثاني : الضابط في الاصطلاح[٢] :
ذهب طائفة من العلماء إلى عدم التفرقة بين القاعدة الفقهية والضابط ، وعرفتهما بتعريف واحد ، ومن هؤلاء الكمال بن الهمام في التحرير فإنه حين عرف القاعدة جمع إليها القانون والضابط والأصل ، دون أن يفرق بينهما[٣] ،ومنهم الفيومي في كتابه المصباح المنير[٤].

وإلى جانب هؤلاء العلماء ذهبت طائفة أخرى إلى التفرقة بين القواعد والضوابط ، ولعلّ من أوائلهم العلامة تاج الدين السبكي حين نص على أنّ " الغالب فيما اختص بباب وقصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطا"[٥].

ووافقه في ذلك العلامة الزركشي[٦] الذي نصّ على التفرقة بين الضابط والقاعدة ، وبين أن المراد بالقواعد " ما لا يخص بابا من أبواب الفقه ، وهو المراد هنا ، ويسمى بالقاعدة في اصطلاح الفقهاء ، وأما ما يخص بعض الأبواب فيسمى ضوابط "[٧].

---

(١) ـ ابن منظور، لسان العرب ،ج٢ /ص ٥٠٩، مادة ضبط . الفيومي ، المصباح المنير ،ص ٤٨٧ ،الفيروز آبادي ، مجد الدين محمد بن يعقوب ، القاموس المحيط ،مؤسسة الرسالة ، بيروت ،١٩٨٦ م ،ص ٨٧٢.
(٢) ـ الضبط عند علماء الحديث هو حفظ المسموع وتثبته من الفوت و الاختلال ، بحيث يتمك من استحضاره ، انظر،الجرجاني ، التعريفات ،ص(١١٩ ،١٢٠).
(٣) ـ ابن الهمام ،كمال الدين محمد بن عبد الواحد ابن عبد الحميد بن مسعود ، التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية، دار الكتب العلمية ،بيروت، لبنان ، الطبعة١ ، سنة١٤١٥هـ/١٩٩٥ م، ج١ /ص٢٩.
(٤) ـ انظر ، الفيومي ، المصباح المنير ،ص ٥١٠ ، مادة قعد.
(٥) ـ ابن السبكي ،الأشباه والنظائر ،ج١، ص ١١.
(٦) ـ هو أبو عبد الله محمد بن بهادر بن عبد الله المصري الزركشي الشافعي الملقب ببدر الدين ،عرف بالفقه والأصول والحديث والأدب وعلوم القرآن ، تركي الأصل ، مصري المولد والوفاة ، تلقى علومه من جمال الدين الأسنوي وسراج الدين البلقيني ، رحل إلى حلب وسمع الحديث في دمشق وغيرها، كان منقطعا لا يتردد إلى أحد إلا في أسواق الكتب ، درس وأفتى ومات بالقاهرة سنة ٧٩٤هـ ، من مؤلفاته : " البحر المحيط في أصول الفقه " ، و " تشنيف السامع بشرح جمع الجوامع " ، و"البرهان في علوم القرآن " ، و" المنثور في القواعد " وغيرها ، راجع ترجمته الزركلي، خيرالدين ،الأعلام ،دار العلم للملايين ، بيروت ، لبنان ،الطبعة٩ ،١٩٩٠ م ،ج٦ /ص٦٠.
(٧) ـ الزركشي ، تشنيف المسامع (القسم الثاني ، ص ٩١٩) ، نقلا من كتاب : القواعد الفقهية ، يعقوب عبد الوهاب الباحسين ، ص ٦٠.

وممّن ارتضى هذا التفريق ، أيضا العلامة ابن نجيم[١] ، الذي ذكر في كتابه "الأشباه والنظائر" فقال في مقدمة الفن الثاني :"والفرق بين الضابط والقاعدة ،أن القاعدة تجمع فروعا من أبواب شتى ،والضابط يجمعها من باب واحد، هذا هو الأصل"[٢]

وقد استعمل الفقهاء الضابط في عدة معان منها :

١ ــ المعنى السابق ،وهو القضية الشرعية العملية الكلية المختصة بباب من أبواب الفقه ، والمشتملة بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها[٣]. ومن الأمثلة على ذلك : " يحرم من الرضاع ما يحرم من النسب إلا أربعة :أم مرضعة ولدك ، وبنتها ، ومرضعة أخيك ، ومرضعة حفيدك"[٤].

٢ ــ تعريف الشيء ،ومثال ذلك " ضابط العصبة :كل ذكر ليس بينه وبين الميت أنثى"[٥].

٣ ــ المعيار الذي يكون علامة على تحقق معنى من المعاني في الشيء، ومثاله ما ذكره العلامة القرافي ــ رحمه الله ــ في فروقه،عند جوابه على سؤال :ما ضابط المشقة المؤثرة في التخفيف ؟ "يجب على الفقيه أن يفحص عن أذى مشاق تلك العبادة المعينة ،فيحققه بنص أو إجماع أو استدلال ،ثم ما ورد عليه بعد ذلك من المشاق، مثل تلك المشقة أو أعلى منها جعله مسقطا ، وإن كان أدنى منها لم يجعله مسقطا ، مثاله : التأذي بالقمل في الحج مبيح للحلق بالحديث ، فأيّ مرض أذى مثله أو أعلى منه أباح الحلق وإلا فلا ، والسفر مبيح للفطر بالنص ، فيعتبر به غيره من المشاق "[٦].

٤ ــ ويطلق الضابط كذلك على أقسام الشيء أو تقاسيمه ، ومثاله ما ذكره ابن السبكي: "ضابط مسائل الخلع: فإن منها ما يقع بالطلاق فيه بالمسّ ،ومنها ما يقع بمهر المثل ومنها ما يقع رجعيا ، ومنها ما لا يقع أصلا "[٧].
وسنأتي على بيان الفرق بين الضابط الفقهي والقاعدة الفقهية[٨].

---

[١] ـ هو زين الدين بن إبراهيم بن محمد المشهور بابن نجيم المصري ، من فقهاء وأصولي الحنفية ، في القرن ١٠ الهجري ، توفي سنة٩٧٠هـ من مؤلفاته : "البحر الرائق شرح كنز الدقائق "، و " شرح المنار في الأصول" ، و"الفوائد الزينبية في مذهب الحنفية "، و "الأشباه والنظائر". راجع ترجمته ، الأعلام للزركلي ،ج٣ ،ص ٦٤ .

[٢] ـ ابن نجيم ،زين الدين بن إبراهيم الحنفي(ت٩٧٠هـ) ،الأشباه والنظائر، تحقيق د محمد مطيع الحافظ ، دار الفكر ، دمشق ،الطبعة ٢ ،١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩ م .

[٣] ـ شبير ، القواعد الكلية ، ص٢١ .

[٤] ـ السيوطي ،أبي الفضل جلال الدين عبد الرحمن (ت٩١١هـ) ،الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية ،تحقيق خالد عبد الفتاح شبل أبو سليمان ،مؤسسة الكتب الثقافية ،بيروت ، الطبعة الثالثة ،١٤١٩هـ/١٩٩٩ م ، ص ٥٨٤ .

[٥] ـ ابن السبكي ، الأشباه والنظائر، ج٢ /ص٣٠٤ .

[٦] ـ القرافي ، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس المالكي ،الفروق وأنوار البروق في أنواء الفروق ،،دار المعرفة ،بيروت ،ج١ /ص ١١٩ـ ١٢٠ .

[٧] ـ ابن السبكي ، الأشباه والنظائر، ج١ / ص ٣٨٢ .

[٨] ـ انظر : ص ٢٨ من الرسالة .

وعلى ذلك يتضح لنا من خلال هذه الأمثلة أن الضابط أخص من القاعدة[1].
وأن القاعدة أشمل من الضابط، فهما متفقان في أن كلا منهما حكم كلي تتدرج تحته فروع فقهية ، إلا أن الضابط يختص بباب معين من أبواب الفقه ،وأنه ينطبق على جميع جزئياته بحيث لا يشذ منها شيء عن ذلك الحكم الكلي ، ولا يرد عليه استثناءات ، وإن وجد شيء من ذلك فهو في أضيق الحدود ، وأما القاعدة فإنها عامة تشمل على أبواب متفرقة وموضوعات شتى ، وهي تعم مفردات موضوعها عموما أغلبيا ، بحيث يرد عليها كثير من الاستثناءات التي تحكمها قواعد أخرى أو أدلة شرعية معارضة لمقتضاها.

[1] ـ انظر : الشال ،إبراهيم علي أحمد ، القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في المعاملات المالية ،دار النفائس ، عمان ، الطبعة الأولى ،١٤٢٢هـ/٢٠٠٢ م ، ص٥٠ .

المطلب الرابع
نشأة القواعد الفقهية

يظهرلنا بعد البحث والاستقراء، أن تاريخ القواعد الفقهية ،مرت من خلال نشأتها و تطورها بثلاثة أطوار[1] هي :

الطور الأول :طور النشوء والتكوين

الطور الثاني : طور النمو والتدوين

الطور الثالث : طور الرسوخ والتنسيق

الطور الأول
طور النشوء والتكوين ــ من البعثة النبوية إلى القرن الرابع الهجري ــ

ترجع نشأة تاريخ القواعد الفقهية إلى عهد التنزيل ، أو عصر التشريع ــ عهد نزول القرآن الكريم ــ على سيد الأولين والآخرين سيدنا محمد ــ صلوات ربي وسلامه عليه ــ ووردت كثير من الأحاديث الشريفة على هيئة قواعد عامة ، فكان ــ صلى الله عليه وسلم ــ إذا سئل عن أمر، أو استفتي في مسألة، أجاب بكلمة موجزة ،بليغة، فصيحة ، تعتبر من جوامع الكلم الذي أوتيَه و أكرمه الله به ، ولا غرابة في ذلك فهو أفصح من نطق الضاد.

و من جوامع الكلم التي نطق بها ــ صلى الله عليه وسلم ــ وجرت مجرى القواعد الفقيهة قوله صلى الله عليه وسلم ــ **"الخراج بالضمان"**[2].

---

[1] - لقد اخترت هذا التقسيم لمراحل نشأة تاريخ علم القواعد الفقهية ،التقسيم الذي اختاره الدكتور علي أحمد الندوي فيأطروحته التي نال بها رسالة ماجستير ، المعنونة " القواعد الفقهية ، مفهومها ، نشأتها ، تطورها ،دراسة مؤلفاتها ،مهمتها ، أدلتها ، تطبيقاتها " ، انظر : الندوي ، القواعد الفقهية ،ص ٨٧ .
وإن كان بعض الباحثين اختار مرحلة رابعة سماها،مرحلة النهضة العلمية أمثال : د محمدعثمان شبير في كتابه " القواعد الكلية والضوابط الفقهية".

[2] - حديث "الخراج بالضمان" : رواه الترمذي في البيوع ،الترمذي ، أبو عيسى محمد بن عيسى بن سورة ،سنن الترمذي ، دار الفكر ، بيروت،١٤١٥هـ/١٩٩٥ م ، ج٢ ،ص(٣٧٦، ٣٧٧) رقم :١٣٠٣ ، ١٣٠٤ .ورواه أبو داود في البيوع ،أبو داود ، سليمان بن الأشعث الأزدي ،سنن أبي داود ، تحقيق محمد عوامه ، دار القبلة ،جدة ،الطبعة١ ،١٤١٩هـ/١٩٩٨ م ،ج٣،ص٢٨٤ ،رقم٣٥٠٨، ٣٥٠٩ ، ورواه ابن ماجه في التجارات ،ابن ماجه ،أبو عبد الله محمد بن زيد القزريني ، سنن ابن ماجة مع حاشية السندي ، تحقيق محمود محمد نصار،دار الكتب العلمية ، بيروت، لبنان ،الطبعة١،١٤١٩ هـ/ ١٩٩٨م ، ج٢ ،ص ٧٥٣، ٧٥٤ ،رقم:٢٢٤٢، ٢٢٤٣)،ورواه الأمام أحمد في المسند ،ابن حنبل ، أحمد ، مسند الإمام ابن حنبل (الموسوعة الحديثة)تحقيق شعيب الأرناؤوط وآخرين ،مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ،الطبعة ١،١٤١٦هـ/ ١٩٩٦ م ج٦ ،ص(٤٩، ٢٠٨، ٢٣٧)،وكلهم من حديث عائشة رضي الله عنها ،وقال الأباني حديث حسن ،الألباني، محمد ناصر الدين،صحيح سنن ابن ماجه ،مكتبة التربية العربي لدول الخليج ،الطبعة٣ ،١٩٨٨م ،ج٢،ص٢٢ .
انظرهذه القاعدة الفقهية : في الأشباه والنظائر للسيوطي ، رقم القاعدة١١،ص١٧٥، ولابن نجيم في أشباهه،رقم القاعدة١٠ ،ص ١٧٥، ومجلة الأحكام العدلية ، حيدر ،علي،شرح مجلة الأحكام العدلية، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، دار الكتب العلمية ،بيروت ، لبنان ،ج١ ،ص٧٨.

ومعنى الحديث :أن ما يخرج من الشيء من غلة ونتاج وبدل إجارة فهو عوض ما كان عليه من ضمان الملك ومؤونته ،فإنه لو تلف كان من ضمانه[١].

ـ وقوله صلى الله عليه وسلم "لا ضرر ولا ضرار"[٢].

ـ وقوله صلى الله عليه وسلم "إنما الأعمال بالنيات"[٣] .

ـ وقوله صلى الله عليه وسلم "جناية العجماء جبار"[٤].

ـ وقوله صلى الله عليه وسلم " المنيحة[٥] مردودة ،والعارية مؤداة ، والدّين مقضيّ ، والزعيم غارم [٦] "[٧].

وذلك من كلماته البليغة الجامعة ،حيث إنه بالرجوع إلى كتب تفسير آيات الأحكام وأحاديث الأحكام ، يمكننا استخراج كثير من الآيات القرآنية والأحاديث النبوية التي تعتبر أصولا فقهية تستخرج منها أحكام كثيرة.

ثم إن المتتبع لسيرة الصحابة رضوان الله عليهم أجمعين ،والمتأمل لآثارهم ، التي نقلت إلينا نجدها كذلك حافلة بجمل موجزة بليغة ، جرت مجرى القواعد الفقهية، منها :

ـ القول المشهور لسيدنا عمر بن الخطاب رضي الله عنه"مقاطع الحقوق عند الشروط "[٨]

ـ قول سيدنا عبد الله بن عباس رضي الله عنهما" كل شيء في القرآن:أو أو فهو مخيّر، وكل شيء فإن لم تجدوا فهو الأول فالأول"[٩].

ـ قول سيدنا علي رضي الله عنه "من قاسم الربح فلا ضمان عليه "[١٠].

وقد سار التابعون والأئمة الكبار ـ رحمهم الله ـ على نموذج الصحابة ، في وضع الكثير من القواعد الجامعة لكثير من السائل والفروع ، ومثال ذلك:

ـ قول الإمام مالك بن أنس في كتابه "المدونة " حيث ذكر عدة قواعد وضوابط فقهية منها " لا يرث أحد أحدا بالشك "[١١].

ـ قول الإمام أبي يوسف يعقوب بن إبراهيم، في كتابه "الخراج" : " ليس للإمام أن يخرج شيئا من يد أحد إلا بحق ثابت معروف"[١٢].

---

[١] ـ انظر سنن الترمذي ،،٢ /٣٧٧ .

[٢] ـ رواه الإمام أحمد في مسنده٥ /٣٧٢ ، و رواه ابن ماجه في كتاب الأحكام ،باب من بنى في حقه ما يضر بجاره ،٢ / ٧٨٤ ، وقال الألباني حديث صحيح :انظر صحيح سنن ابن ماجه٢ /٣٩ .

[٣] ـ حديث"إنما الأعمال بالنيات ،متفق عليه من حديث عمر بن الخطاب ،البخاري ،محمد بن إسماعيل ،صحيح البخاري متن فتح الباري ،دار الكتب العلمية ،بيروت ،لبنان ،الطبعة ١٤١٠،١هـ /١٩٨٩ م،ج١، ص ٢ ،٣) ،رواه مسلم في باب الإمارة: مسلم ،،مسلم بن الحجاج النيسابوري ،صحيح مسلم ،تحقيق محمد فؤاد هبد الباقي ،طباعة عيسى الحلبي ، ١٣٧٤هـ/١٩٥٥م ،ج٣ /١٥١٥ رقم ١٩٠٧ .

[٤] ـ متفق عليه بلفظ "العجماء جرحها جبار"من حديث أبي هريرة ،رواه مسلم في صحيحه في باب الحدود٣ /١٣٣٤ ، ١٣٣٥ رقم١٧١٠ ،ورواه البخاري في صحيحه في باب الحدود١ /١٨٠ .

[٥] ـ المنيحة أو المنحة هي بمعنى العطية ،انظر:ابن الأثير ،أبو السعادات مبارك بن محمد ،النهاية في غريب الحديث،تحقيق محمود محمد الطناحي ، طاهر أحمد الزواوي،مطبعة عيسى البابي الحلبي ،مصر ،الطبعة١، ١٣٨٣هـ/١٩٦٢ م،ج٤ ،ص٣٦٤.

[٦] ـ الزعيم، الكفيل ، الغارم هو الضامن ، انظر ابن الأثير :النهاية ٣٠٣/٢ .

[٧] ـ أخرجه الترمذي ،وقال حديث حسن ،٦ /٣١١ ،٣١٢ ،باب ما جاء لا وصية لوارث .

[٨] ـ رواه البخاري في صحيحه ،باب الشروط في المهر عند عقدة النكاح ١٩ /١١١ .

[٩] ـ رواه عبد الرزاق عن الثوري ، عن ليث ،عن مجاهد،عن ابن عباس في باب :بأيّ الكفارات شاء كفَر، نقلا من كتاب القواعد الفقهية للندوي ،ص ٩٢ .

[١٠] ـ مصنف عبد الرزاق ٢٥٣/٨ ، نقلا من كتاب القواعد الفقهية للندوي ،ص ٩٢ .

[١١] ـ الباحسين ، القواعد الفقهية ، ص٣٠٢.

[١٢] ـ أبو يوسف ،يعقوب بن إبراهيم ، الخراج ، ص ،١٨٠ . .

ـ قول الإمام محمد بن الحسن الشيباني ـ رحمه الله ـ : " كل أرض غلب عليها المسلمون فهي أرض خراج "[١].

ـ قول الإمام الشافعي في كتابه " الأم " ، قاعدة " لا ينسب إلى ساكت ، ولا عمل عامل ، وإنما ينسب إلى كل قوله وعمله"[٢].

وبجانب ذلك هناك الكثير من القواعد الفقهية التي ذكرها الفقهاء والأئمة قديما في كتبهم الأصلية ، وهي آية واضحة وبينة على أن هذا العلم أصوله موجودة من قبل ،عند العلماء وأنه كان عندهم فكرة التأصيل والتعليل للأحكام ، منذ طلائع الفقه الإسلامي الذي أشرق على الأمة.

الطور الثاني
طور النمو والتدوين ـ من القرن الرابع الهجري إلى القرن التاسع الهجري ـ

تبدأ هذه المرحلة الهامة من القرن الرابع الهجري إلى القرن التاسع الهجري ، ففيها بدأ تدوين القواعد الفقهية باعتبارها علما مستقلا، وفنًا خاصا بها ، و هذا حين برزت إلى الوجود ظاهرة التقليد خاصة في القرن الرابع للهجرة ، و ضعف الاجتهاد ، وقلت الهمم رغم وجود ثروة فقهية ضخمة وعظيمة جدا ، لكن نهض العلماء بعد تدوين المذاهب إلى العمل على استخراج أحكاما فقهية للأحداث الجديدة من فقه المذاهب ،وعن طريق التفريع والموازنة والمقارنة بين المذاهب ،بذكر الأدلة لكل مذهب ،و محل الخلاف بين الفقهاء ،ثم ما يسمى بترجيح الراجح منها .

كما أشار إليه العلامة ابن خلدون بقوله :

" ...ولما صار مذهب كل إمام علما مخصوصا عند أهل مذهبه ، ولم يكن لهم سبيل إلى الاجتهاد والقياس ، فاحتاجوا إلى تنظير المسائل في الإلحاق ، و تفريقها عند الاشتباه بعد الاستناد إلى الوصول المقررة من مذاهب إمامهم "[٣].

وبهذه الطريقة أي طريقة التخريج والتفريع للمسائل على أصول المجتهدين الأوائل ، نَمَا الفقه الإسلامي نموا كبيرا ، واتسع نطاقه ، وتمت مسائله ، و بدأ الفقهاء يضعون أساليب جديدة للفقه ، مرة بعنوان القواعد و الضوابط ، ومرة بعنوان الفروق ، ومرة بالألغاز[٤] و بالمطارحات[٥] ، و معرفة الأفراد[٦] ، والحيل[٧] ،وغيرها من الفنون الأخرى[٨].

---

(١) ـ الشيباني ، محمد بن الحسن ، كتاب الأصل ، تحقيق أبو الوفا الأفغاني الطبة ١ ، حيدر آباد ، الهند ،٣/ ١٦٢ .

(٢) ـ الشافعي ، محمد بن إدريس ، الأم، دار المعرفة ، بيروت ، الطبعة ٢ ،١٩٧٣ م ،ج ١ / ص ١٥٢ .

(٣) ـ ابن خلدون ، عبد الرحمن ، مقدمة ابن خلدون ،دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة ٤ ، ص ٤٤٩ .

(٤) ـ الألغاز: جمع لغز،ومعناه كلام خفي مراده ،والمراد بها المسائل التي قصد إخفاء وجه الحكم فيها لأجل الامتحان

(٥) ـ المطارحات : هي مسائل عويصة ، يقصدون منها تنقيح الأذهان.

(٦) ـ معرفة الأفراد :هو معرفة ما لكل من الأصحاب في المذهب من الأوجه الغريبة .

(٧) ـ الحيل :جمع حيلة وهي الحذق وجودة النظر ، والمراد بها هنا : ما يكون مخلصا شرعيا لمن ابتلي بحادثة دينية ، وقيل أن الحيلة هو ما يتلطف بها لدفع المكروه أو لجلب المحبوب ".

(٨) ـ انظر: الندوي ،القواعد الفقهية ، ص ١٣٤.

ومما يشهد له التاريخ أن فقهاء المذهب الحنفي ، كانوا أسبق من غيرهم في هذا المضمار، ولعل أقدم قصة تروى في بدايات جمع القواعد الفقهية في الفقه الحنفي ، ما رواه الإمامان السيوطي وابن نجيم [١] في كتابهما " الأشباه والنظائر" :

" أن الإمام أبا طاهر الدّباس من فقهاء القرن الرابع الهجري، قد جمع أهمّ قواعد مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة في سبع عشرة قاعدة كلية ، و كان أبو طاهر ــ رحمه الله ــ ضريرا يكرر كل ليلة تلك القواعد بمسجده بعد انصراف الناس ، و ذكروا أن أبا سعد الهروي الشافعي قد رحل إلى أبي طاهر، فالتف الهروي بحصير ، وخرج الناس ،وأغلق أبو طاهر المسجد ، وسرد من تلك القواعد سبعا ، فحصلت للهروي سعلة ، فأحس به أبو طاهر فضربه وأخرجه من المسجد، ثم لم يكررها فيه بعد ذلك فرجع الهروي إلى أصحابه وتلا عليهم تلك القواعد السبع[٢].

ومن جملتها القواعد الأساسية المشهورة ، وهي :

١ ــ الأمور بمقاصدها
٢ ــ اليقين لا يزول بالشك
٣ ــ المشقة تجلب التيسير
٤ ــ الضرر يزال
٥ ــ العادة محكمة

ثم جاء الفقيه الحنفي أبو الحسن الكرخي(ت ٣٤٠هـ) حيث ألف رسالة صغيرة في القواعد تعرف " بأصول الكرخي"، ولعلها أول نواة للتأليف في هذا الفن ، ثم جاء أبو زيد عبيد الله الدّبوسي (ت٤٣٠هـ) فوضع كتابه " تأسيس النظر " ، شمل على قواعد أصولية بالإضافة إلى القواعد الفقهية،وضمنه طائفة من الضوابط الفقهية الخاصة بموضوع معين.

وفي القرن السابع الهجري برز في هذا العلم عدد كبير من المؤلفين ، منهم العالم الجليل ابن عبد السلام (٦٦٠هـ)ألف كتابه المشهور" قواعد الأحكام في مصالح الأنام ".

ولأبي زكريا يحيى بن شرف النووي(ت٦٧٦هـ) له كتاب "الأصول والضوابط " ذكر فيه أهم ما يحتاج إليه طالب العلم الشرعي من القواعد الفقهية ،والأصول المهمة والمسائل المتشابهة.

---

[١] - السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ١٥ ، ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٠ ،١١ .

[٢] - رغم أن هذه القصة ذكرها السيوطي وابن نجيم في الأشباه والنظائر ، لكن نلاحظ عند الفقهاء المعاصرين مثل الباحسين وغيره ، مع تحفظ واضح للأستاذ الجليل مصطفى الزرقا ، لأن القصة تبدو كأنها حكاية غريبة أشبه بالخرافة وأقرب إليها ، وأبعد من أن تكون حقيقة علمية ، وليست جديرة بالاعتماد عليها في التأليف العلمية ، وهذا نظرا للأسباب التالية :

ــ أولا ما الداعي لأبي طاهر الدباس ترديد هذه القواعد كل ليلة ، وهي فقط سبعة عشرة قاعدة ليس إلا ؟ ولماذا حتى ينصرف الناس ؟

ــ و ما الداعي أن يلتف الهروي بالحصير ، مادام أبو طاهر الدباس ضريرا ؟

ــ أيضا كيف عثر عليه وهو الضرير وكيف ضربه وأخرجه من المسجد ؟ ــ ولماذا لم يهرب حين سعل ؟

ــ أيضا كيف يصدر مثل هذا من عالم فاضل ؟

ــ لا يجوز لأحد أن يخرج أحدا من المسجد فضلا عن ضربه دون سبب وجيه ؟

ــ وأيضا أليس هذا كتمانا للعلم الذي ورد في الحديث الذي رواه الترمذي وأبو داود وابن ماجة ، قوله عليه الصلاة والسلام " من كتم علما ألجمه الله بلجام من نار " ؟ .

انظر : الباحسين، القواعد الفقهية، (ص ٣١٢ _ ٣١٣) ، الزرقا ، المدخل ، ٢/ ٩٧١ .

، ومن بعده ظهر العالم أحمد بن إدريس القرافي(ت٦٨٤هـ) ألف كتابه "أنوار البروق في أنواع الفروق "حيث قعد فيه الكثير من المسائل الفقهية[1].

أما في القرن الثامن للهجرة ، فقد كثرت التآليف في هذا العلم ، ولا سيما من قبل علماء الشافعية ، و من أشهر الكتب التي ألفت : " كتاب الأشباه والنظائر " لابن الوكيل الشافعي (ت ٧١٦هـ)، وكتاب "القواعد" للمقّري المالكي (ت ٧٥٨هـ) ، وكتاب "الأشباه والنظائر" لتاج الدين السبكي (ت ٧٧١هـ) ، و "القواعد في الفقه" لابن رجب الحنبلي (ت٧٥٩هـ) وغيرها من المؤلفات.

وفي القرن العاشر الهجري جاء العلامة السيوطي(ت٩١١هـ) قام باستخلاص أهم القواعد الفقهية المتناثرة عند السبكي والزركشي وغيرهما ،وجمعها في كتابه "الأشباه والنظائر" و جاء ابن نجيم و تبعه على نفس النمط تقريبا في كتابه "الأشباه والنظائر"

واستمر هذا العلم في الاتساع في القرن الحادي عشر وما بعده.

الطور الثالث
طور الرسوخ والتنسيق [2]

على الرغم من الجهود الجبارة التي بذلها كبار التابعين وأئمة المجتهدين وتلاميذهم و من تبعهم من الفقهاء ، إلا أن القواعد الفقهية ظلت متفرقة ومشتتة في مدونات مختلفة بحيث لم يستقر أمرها تمام الاستقرار،فكان أبرزمعلم من معالم هذه المرحلة حين وضعت مجلة الأحكام العدلية ، على أيدي فحول من الفقهاء في أواخر القرن الثالث عشر الهجري في عهد السلطان عبد العزيز خان العثماني من أجل أن يعمل بها في المحاكم ،التي أنشئت في ذلك العهد ، وقد قام هؤلاء العلماء بجمعها من المصادر الفقهية ، ومن بعض المدونات التي سجلت فيها هذه القواعد ، فأحسنوا انتقاءها واختيارها ، ومن ثم تنسيقها تنسيقا قانونيا رائعا في أوجز العبارات ،حتى اشتهرت هذه القواعد الفقهية ، وذاع صيتها ، وشاع أمرها عن طريق هذه المجلة،وارتفعت مكانتها حيث شرحت مع شروح المجلة الشهيرة وأصبح لها صدى في كافة المجالات الفقهية والقانونية.

ومن معالم هذه النهضة العلمية في مجال القواعد الفقهية :
ـ تقنين القواعد الفقهية.
ـ تحقيق طائفة من كتب القواعد.
ـ استخلاص القواعد من كتب الفقه، ورصدها وإحصائها.
ـ تخصيص قواعد معينة بالدراسة والشرح والتبويب.
ـ جمع القواعد التي تحوي موضوعا واحد.
ـ الاهتمام بالمداخل لعلم القواعد ، وغير ذلك.

---
(1) ـ انظر: شبير ،القواعد الكلية ،ص ٥١.
(2) ـ انظر: ، الندوي ، القواعد الفقهية ، ،ص(١٥٦ ،١٥٧ ،١٥٨) ، شبير، القواعد الكلية ، ص٥٧، ٥٨ .

المبحث الثاني
القواعد الفقهية والعلوم المشابهة لها، والفروق بينها

تقدم فيما سبق في تعريفات العلماء للقاعدة ، أن القاعدة الفقهية دائرتها تتسع لتشمل الكثير من الفروع والجزئيات ،التي هي من أبواب متعددة وجهات مختلفة ، من عبادات ، ومعاملات ، وعادات .

ففي هذا المبحث توجد عدة علوم شرعية وغير شرعية ذات علاقة بالقواعد الفقهية منها : الضوابط الفقهية ، القواعد الأصولية ، النظريات الفقهية.

وفيما يلي بيان لمعنى هذه العلوم المشابهة ، وأوجه العلاقة والفروق بينها وبين القواعد الفقهية .

المطلب الأول
الفرق بين القواعد الفقهية والضوابط الفقيهة

القواعد الفقهية تختلف عما يسمى بالضوابط الفقهية ، لأن مجال الضابط الفقهي أضيق من مجال القاعدة الفقهية ،إذ أن نطاقه لا يتخطى الموضوع الفقهي الواحد الذي يرجع إليه في بعض مسائله.

و كثير من العلماء نبهوا إلى الفروق بين القواعد الفقهية والضوابط الفقهية ، ومن هؤلاء العلامة تاج الدين السبكي ، بعد أن ذكر تعريف القاعدة في قوله : " ومنها مالا يختص كقولنا اليقين لا يزال بالشك ، و منها ما يختص كقولنا :كل كفارة سببها معصية فهي على الفور،والغالب فيما اختص بباب ،و قصد به نظم صور متشابهة أن يسمى ضابطا"[١].

وأما السيوطي ــ رحمه الله ــ فقد بيّن الفرق في الفن الثاني من كتابه "الأشباه والنظائر في النحو" ، فقال "....مما اشتمل عليه الكتاب ...في الضوابط والاستثناءات والتقسيمات و هو مرتب على أبواب لاختصاص كل ضابط ببابه ، وهذا هو أحد الفروق بين الضابط و القاعدة ، لأن القاعدة تجمع فروعا من أبواب شتى ، و الضابط يجمع فروعا من باب واحد "[٢] ، وكذلك فعل ابن نجيم حين مال إلى هذا الفرق بين القاعدة والضابط ، فقال في الفن الثاني من " الأشباه والنظائر" :" الفرق بين القاعدة والضابط ،أن القاعدة تجمع فروعا من أبواب شتى ، والضابط يجمعها من باب واحد ، هذا هو الأصل "[٣].

ففي ضوء هذه النصوص المذكورة يمكن استخلاص أهم النتائج التالية :

١ ــ يبدو من خلال التعريفات المذكور ة أنه لا يوجد اتفاق بين القواعد والضوابط عند العلماء ، لأن القواعد في حقيقتها أعمّ و أشمل من الضوابط ، من حيث جمع الفروع وشمول المعاني[٤].

٢ ــ إن القاعدة الفقهية لا تقتصر على باب واحد مثل قاعدة " الأمور بمقاصدها " ، في حين الضابط الفقهي يختص بباب واحد من أبواب الفقه ، مثل ضابط في الحديث النبوي عن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : " أيّما إهاب دبغ فقد طهر"[٥].

٣ ــ إن مساحة القواعد أكثر شذوذا واستثناء من مساحة الشذوذ والاستثناءات الواردة على الضوابط ، لأن الضوابط تضبط موضوعا واحدا ، فلا يتسامح فيها بشذوذ كثير[٦].

٤ ــ القواعد الفقهية تصاغ بعبارة موجزة ، وألفاظ تدل على العموم والاستغراق ، أما الضوابط الفقهية فلا يشترط فيها ذلك ، فقد تصاغ في جمل أو فقرة أو أكثر من ذلك[٧].

---

(١)ـ انظر: السبكي ،الأشباه والنظائر، ١ /١١ .

(٢) ـ السيوطي ، أبي الفضل جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر محمد، الأشباه والنظائر في النحو ، تحقيق طه عبد الرؤوف سعد ،شركة الطباعة الفنية ،القاهرة ،١٣٩٥ هـ/١٩٧٥ م ،ج١ ،ص ٧ .

(٣) ـ ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٩٢ .

(٤) ـ الندوي ، القواعد الفقهية ، ص٥١ ، بتصرف .

(٥) ـ أخرجه الترمذي وقال :حديث حسن صحيح ، كتاب اللباس ، باب ما جاء في جلود الميت ، ٥ /٣٩٩ ، ٤٠٠ (رقم ١٧٨٢) .

(٦) ـ الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٥٢ ، بتصرف .

(٧) ـ شبير،القواعد الكلية ، ص ٢٣ .

المطلب الثاني
الفرق بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية

من الجدير بالذكر عند ذكر الفروق بين القواعد الفقهية والضوابط الفقهية ،أن نوضح تبعا لهذه الفروق بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية في هذا المبحث الهام ، وهذا لاستكمال مسيرة هذا البحث.

ومن البديهي أن علم الفقه يختلف عن علم أصول الفقه، فكل منهما علم مستقل بذاته، ولكل منهما قواعده الخاصة به ، وهذا رغم وجود ارتباط وثيق بين علم الفقه وعلم أصول الفقه بحيث لا ينفك ولا ينفصل أحدهما عن الآخر.

فعلماء الشريعة الإسلامية وضعوا قواعد أصولية لاستنباط الأحكام من أدلتها التفصيلية ، وأول من دوّن هذا العلم الجليل في كتاب مستقل ، كما هو معلوم هو الإمام الشافعي رحمه الله تعالى في كتابه الشهير" الرسالة ".

فما المراد بالقواعد الأصولية ؟ وما العلاقة بينها وبين القواعد الفقهية ؟

١ ـ المراد بالقواعد الأصولية:
هي المنسوبة إلى علم أصول الفقه وداخلة فيه ، وهو : " العلم بالأدلة الإجمالية ، والتي يتوصل بها المجتهد إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية "[١].

فعلم أصول الفقه هو علم يعني بدراسة الأدلة والعناية بها ،فيتوصل عن طريقها إلى الحكم الشرعي .

ومن تلك الأدلة القرآن الكريم ، والسنة المطهرة ، والإجماع ،والقياس، وغيرها فالأصولي يقوم بدراسة الأدلة دراسة دقيقة،ومن ثمّ يستخرج من هذه الأدلة قواعد[٢]،ومن تلك القواعد :
ـ الأمر يفيد الوجوب
ـ النهي يفيد التحريم
ـ الأمر بعد الحظر يفيد الإباحة...

ومن هنا نرى أن كثيرا من العلماء السابقين جمع بين القواعد الفقهية والقواعد الأصولية ، ومن هؤلاء العلامة القرافي في فروقه ، والسيوطي في الأشباه والنظائر ، وابن نجيم في الأشباه والنظائر،ذلك أن كلا النوعين من هذه القواعد يتفقان في:

ـ أن القواعد الفقهية تشترك مع القواعد الأصولية ، في أنها قضايا كلية وأصول عامة يندرج تحتها فروع وجزئيات متعددة، فهما يقومان بتأصيل الفروع والجزئيات الفقهية التي لا تتناهى .

---

[١] ـ الآمدي ،الإحكام في أصول الأحكام ،ج ١ / ٢٣ .
[٢] ـ انظر: الشال ، القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية ، ص ٥٣ .

ـ كما أنهما يشتركان في خدمة الفقه الإسلامي ، و الكشف عن الحكم الشرعي لكثير من الأفعال والتصرفات، فالقاعدة الأصولية: " الأمر بعد الحظر يفيد الإباحة " تكشف عن الحكم في قوله تعالى " **فإذا قضيت الصلاة فانتشروا في الأرض** "[1] .
فالأمر بالانتشار في طلب الرزق جاء بعد النهي عن البيع وقت صلاة الجمعة ، فيفيد هذا الأمر الإباحة[2].

ولهذا قال العلامة الزنجاني رحمه الله تعالى : " لا يخفى عليك أن الفروع إنما تبنى على الأصول ، و أن من لا يفهم كيفية الاستنباط و لا يهتدي إلى وجه الارتباط بين أحكام الفروع و أدلتها التي هي أصول الفقه "[3].
وإذا كانت القواعد الفقهية والقواعد الأصولية تشتركان في هذا القدر من الخصائص فإنهما يختلفان من عدة وجوه وهي:

١ ـ من حيث طبيعة كل منهما:
القواعد الأصولية تتميز بأنها عبارة عن قواعد كلية تنطبق على جميع الحالات،ولا تتخلف عن أيّ واحدة منها.
وهذا بخلاف القواعد الفقهية التي هي في مجملها قواعد أغلبية غير مطردة ، فمثلا القاعدة الفقهية " الجواز الشرعي ينافي الضمان "[4] ، ليست مطردة في كل الحالات ، و إنما في أغلبها فقط ، لأن هناك استثناءات لا تدخل تحت الحكم العام لهذه القاعدة ، ومنها :

ـ إذا غاب أحد الشريكين عن البستان المشترك ، يكون الآخر قائما على ذلك البستان وعند إدراك الثمرة يأخذ حصته منها [5].

ـ من حيث الوظيفة التي تؤديانها:
وظيفة القواعد الأصولية ميزتها أنها واضحة و محددة ، وهي التي سبق أن ذكرنا أنها وسيلة إلى استنباط الأحكام الشرعية العملية من أدلتها التفصيلية .

فهي التي تعمل على ضبط عملية استنباط الأحكام ، وتنير طريق المجتهد ، وتحميه من الخطأ في الاجتهاد[6].

في حين أن وظيفة القواعد الفقهية لا تقوم بهذا الدور، وإنما لها دور آخر يتمثل في تيسير الفقه الإسلامي ، ولم شعثه ، بحيث تنتظم الفروع الكثيرة في سلك واحد متسق تحت قاعدة واحدة [7].

إذ "لولا هذه القواعد لبقيت الأحكام فروعا مشتتة ،قد تعرض ظواهرها دون أصول تمسك بها في الأفكار، وتبرز فيها العلل الجامعة ، وتعين على اتجاهاتها التشريعية وتمهد بينها طريق

(١) ـ سورة الجمعة ، الآية ١٠.
(٢) ـ شبير ، القواعد الكلية والضوابط الفقهية ، ص ٢٧ ،٢٨ .
(٣) ـ الزنجاني ، تخريج الفروع على الأصول ، ص ٣٤ .
(٤) ـ هذه القاعدة الفقهية من بين القواعد المتعلقة بالضمان ، سيأتي شرحها ودليلها وتطبيقاتها في الفصل التالي بحول الله.
(٥) ـ البورنو ،الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية ، ص ٣٠٩
(٦) ـ انظر : فلوسي ، القواعد الأصولية تحديد وتأصيل ، ص ٢٧ .
(٧) ـ نفس المرجع السابق ، ص ٢٨ .

المقايسة والمجانسة [١] " ، كما أن وظيفة هذه القواعد الفقهية تربي في الباحث الملكة الفقهية ، وتجعله قادرا على الإلحاق والتخريج لمعرفة الأحكام ، حسب قواعد مذهب إمامه[٢].

٣ ـ من جهة علاقتهما بالفروع الفقهية:

كما سبق في مبحث نشأة القواعد الفقهية ، تبين لنا أن الفروع الفقهية سبقت القواعد الفقهية لأنها القواعد هي عملية جمع لأشتات الفروع الفقهية والربط بينها.

في حين أن القواعد الأصولية فهي على العكس وجدت قبل الفروع ، لأنها معتبرة كقيود للفقيه عند استنباط الأحكام ، ككون ما في القرآن الكريم مقدما على ما جاءت به السنة و أن نص القرآن أقوى من ظاهره ، و هذه القواعد مقدمة في الوجود والظهور على استنباط الفروع ، كما يدل المولود على والده ،وكما تدل الثمرة على الغراس،وكما يدل الزرع على نوع البذور[٣].

٤ ـ من جهة علاقتهما بمقاصد الشريعة:

" أن القواعد الفقهية تخدم المقاصد الشرعية العامة و الخاصة ،وتمهد الطريق للوصول إلى أسرار الأحكام وَحِكَمِها "[٤] .فالبحث عن أسرار التشريع و مقاصد الأحكام ، ترجع إلى الفقيه الذي عمله مراعاة مقاصد الشارع وأسرار التشريع في استنباط الأحكام الفقهية.

في حين القواعد الأصولية تعتبر كمنارات ومعالم تضبط عملية الاجتهاد ، ولا علاقة لها بالبحث عن أسرار التشريع ومقاصد الأحكام ، فهذه مهمة لا تدخل في نطاق عمل القواعد الأصولية أو الباحث فيها، و لكن مع ذلك ذهب بعض أهل العلم إلى: " أن القواعد الأصولية كذلك تحقق مقاصد الشريعة ، لأنها تعصم المجتهد من الوقوع في الخطأ ، و من حيث اعتبار المناسبة في علل القياس ،حتى لا ينحرف عن أهداف ومقاصد الشريعة ، فالقواعد الأصولية تخدم هي الأخرى جانب مقاصد الشريعة ، ولكن بطريقة غير مباشرة[٥].

٥ ـ من حيث صلتهما بعمل المقلد :

القواعد الأصولية لا تتصل بعمل العامّي أو المقلد مباشرة ،لأنه لا يهمه معرفتها ، لان استخدامها وعملية تطبيقاتها ليس بمقدوره ولا طاقته ، وإنما هو من وظائف المفتي أو المجتهد الذي يقلده في رأيه.

في حين القاعدة الفقهية خلاف ذلك ، فهي تتصل بعمل المقلد أو العامّي اتصالا مباشرا وهي التي تشخص له وظيفته ، فهو ملزم بالتعرف عليها لتطبيق حكمه منها بعد أخذها من مجتهده .

---

(١) ـ الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ٢ / ٩٦٧ .
(٢) ـ الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٣٢٧ .
(٣) ـ أبو زهرة ، محمد ، مالك حياته وفقهه ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٣٦ ، ٢٣٧ .
(٤) ـ الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٧٠ .
(٥) ـ فلوسي ، القواعد الأصولية تحديد وتأصيل ، ص ٢٩ .

ذلك لأن القواعد الفقهية كما ذكرنا من قبل هي المنوط بها حفظ الأحكام وجمعها على صعيد واحد ، وتسهل عملية الحفظ والضبط للمسائل الكثيرة المتناظرة ، بحيث تكون القاعدة وسيلة لاستحضار الأحكام[١].

٦ ــ موضوع القاعدة الفقهية حكم شرعي عام ،يندرج تحته أحكام شرعية تفصيلية كثيرة ، وأما موضوع القاعدة الأصولية فهو حكم استدلالي عام ــ لغوي او منطقي ــ ينطبق على احكام استدلالية كثيرة.

٧ ــ من حيث الحجية يتفق العلماء على حجية القواعد الأصولية ، وضرورتها لتصحيح الفهم والاستنباط من الأدلة ، في حين يرى كثير منهم افتقارالقواعد الفقهية إلى هذا الاتفاق من الحجية ، إذا لم يعارضها أصل مقطوع به من كتاب ،أو سنة ، أوإجماع ،ويرى البعض عدم حجيتها،وإنما يستأنس بها في فهم مقاصد الشريعة وترجيح الأحكام عند التعارض.

وفي ختام هذا المبحث جدير بنا أن نشير إلى أن بين القواعد الأصولية والقواعد الفقهية علاقة عموم و خصوص من وجه ، حيث أن بعض القواعد الفقهية هي قواعد أصولية وبعض القواعد الأصولية هي قواعد فقهية، وذلك مثل قواعد :
" العادة محكمة " ، " لا ينكر تغير الأحكام بتغير الأزمان " ،"الأصل في الكلام الحقيقة " " إذا تعذرت الحقيقة صار إلى المجاز" ،" المطلق يجري على إطلاقه ما لم يقم دليل التقييد " ، " لا مساغ للاجتهاد في مورد النص ".

فالقواعد الأصولية و القواعد الفقهية تشتركان في دراسة هذه القواعد ، وتتميزان عن بعضهما في دراسة القواعد الخاصة بكل منهما دون الأخرى[٢].

---

[١] ـ حول أهمية القواعد الفقهية وبيان وظيفتها ، انظر: الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٣٢٥ ـ٣٢٨ .
[٢] ـ انظر : فلوسي ، القواعد الأصولية ،ص ٣٠ .

المطلب الثالث
الفرق بين القواعد الفقهية والنظرية الفقهية

أول ما بدأ تدوين الفقه الإسلامي ، بدأ بالفروع و المسائل والجزئيات ، ثم انتقل إلى تقعيد القواعد الفقهية و كذا الضوابط الفقهية ، وهذا التقعيد كان مرحلة تمهيدية لجمع النظريات العامة في الفقه الإسلامي ، فقام علماء المسلمين بصياغة نظريات فقهية عامة، مثل نظرية الملكية ، و نظرية الحق ، ونظرية الضمان ، ونظرية الخيار ، ونظرية الإثبات ، ونظرية العقد......، فما المراد بالنظريات الفقهية ؟ ، وما العلاقة بينها وبين القواعد الفقهية ؟.

ـ المراد بالنظريات الفقهية :

سوف نورد عدة تعريفات لأهل العلم للنظرية الفقهية:

١ ـ عرّف الأستاذ الجليل مصطفى الزرقا ـ رحمه الله ـ النظريات الفقهية بأنها :" الدساتير و المفاهيم الكبرى التي تؤلف كل منها على حدة ، نظاما حقوقيا موضوعيا منبثا في الفقه الإسلامي : كانبثات أقسام الجملة العصبية ، في نواحي الجسم الإنساني ، وتحكم عناصر ذلك النظام في كل ما يتصل بموضوعه من شعب الأحكام "[١].

٢ ـ وعرّفها الدكتور علي أحمد الندوي بأنها: "موضوعات فقهية أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية أو قضايا فقهية ، حقيقته ا: أركان وشروط وأحكام ، تقوم بين كل منها صلة فقهية ، تجمعها وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعا "[٢].

٣ ـ وعرّفها الدكتور محمد عثمان شبير بأنها : " أن النظرية الفقهية عبارة عن نظام عام لموضوع فقهي خاص ، تنطوي تحته مسائل و فروع فقهية عديدة ، تتعلق بتعريف الموضوع ، و بيان مقوماته من أركان وشروط وموانع وضوابط ، وبيان آثاره ن وتحديد أسباب نهايته وغير ذلك "[٣].

مما سبق يظهر لنا ان النظرية الفقهية هي مجموعة أحكام مشتركة تنظم العناصر المختلفة لموضوع واحد .

ـ العلاقة بين النظريات الفقهية والقواعد الفقهية :

اختلف أهل العلم في تحديد العلاقة بين النظريات الفقهية والقواعد الفقهية ، فمنهم من قال بأن النظريات الفقهية هي مرادفة للقواعد الفقهية ، ومن هؤلاء العلماء الإمام الجليل محمد أبو زهرة ـ رحمه الله تعالى ـ الذي ذكر في كتابه " أصول الفقه " : " إنه يجب التفرقة بين علم أصول الفقه وبين القواعد الجامعة للأحكام ا لجزئية ، وهي التي في مضمونها يصح أن يطلق عليها النظريات العامة للفقه الإسلامي "[٤].

في حين ذهب الكثير من العلماء المعاصرين إلى التفريق بين النظريات الفقهية و القواعد الفقهية ، ومنهم الشيخ الجليل مصطفى الزرقا ، والدكتور علي الندوي ، و الدكتور محمد عثمان شبير وغيرهم[٥].

---

(١) ـ الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ١ /٢٣٥ .
(٢) ـ الندوي ، القواعد الفقهية ، ٦٣ .
(٣) ـ شبير ، القواعد الكلية والضوابط الفقهية ، ٢٥ .
(٤) ـ أبو زهرة ، محمد ، أصول الفقه ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، مصر ، ص ١٠ .
(٥) ـ انظر : الزرقا ، المدخل ، ١ /٢٣٥ ، الندوي ، القواعد الفقهية ، ٦٣ ، شبير ، القواعد الكلية ،ص ٢٥.

والراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الثاني من التفريق بينهما ، حتى وإن اشتركا في أن كلا منهما يشتمل على فروع فقهية ، من أبواب مختلفة ، إلا أنهما يفترقان من عدة وجوه:

١ ــ أن النظرية الفقهية هي أكثر اتساعا و شمولا من القاعدة الفقهية ، لأن النظرية قد يندرج تحتها كثير من القواعد الكلية ذات صلة بموضوع نظرية فقهية، مثال ذلك نظرية التعسف في استعمال الحق ، هذه النظرية يدخل فيها كثير من القواعد الفقهية مثل : " الضرر يزال " ، و " درء المفاسد مقدم على جلب المصالح " ، و " إذا تعارضت مفسدتان روعي أعظمهما بارتكاب أخفهما" وغير ذلك[١] ، فتكون القاعدة الفقهية أخص من النظرية الفقهية من هذه الجهة.

غير أن القاعدة الفقهية قد تكون في بعض الأحيان أعم من النظرية الفقهية من وجه آخر، فقد تكون القاعدة الفقهية تشمل عدة نظريات فقهية ، مثال ذلك ، قاعدة " الأمر بمقاصدها " فهي تتصل بعدة نظريات : كنظرية العقد ، و نظرية الملكية ، ونظرية المؤيدات الشرعية وغير ذلك "[٢].

٢ ــ أن النظرية الفقهية من ميزتها أنها تتضمن في الغالب المقومات الأساسية من أركان وشروط وضوابط ، وهذا ما لا تتضمنه كثير من القواعد الفقهية[٣].

٣ ــ أن النظرية الفقهية في حقيقتها لا تتضمن حكما فقهيا ، لأنها مجرد هيكل عظمي ينتظم مجموعة من القضايا المتجانسة في إطار ذلك الهيكل ، في حين أن القاعدة الفقهية تتضمن في حقيقتها حكما فقهيا ، ويستند ذلك الحكم إلى أدلة شرعية من الكتاب أو السنة أو القياس أو غير ذلك[٤].

٤ ــ أن النظرية الفقهية عادة تصاغ على شكل بحث ،أو كتاب مطول ،في حين أن القاعدة الفقهية تصاغ عادة بعبارة موجزة دقيقة[٥].

---

(١) ـ شبير ، القواعد الكلية ، ص ٢٥ ـ ٢٦ .
(٢) ـ نفس المرجع السابق ، ٢٦ .
(٣) ـ انظر : الندوي ، القواعد الفقهية ، ٦٥ ، شبير ، القواعد الكلية ، ٢٦ .
(٤) ـ شبير ، القواعد الكلية ،٢٦.
(٥) ـ نفس المرجع السابق ، ٢٦

المبحث الثالث
القواعد الفقهية ، أهميتها ، فوائد دراستها ، حجيتها

وفي هذا المبحث نحاول أن نجلي بوضوح الأمور التالية :
- أهمية القواعد الفقهية
- وفوائد دراستها
- وحجيتها كدليل شرعي ، هل يمكن الاستناد إليها في عملية الاستنباط ؟
وهل يمكن الاعتماد عليها أيضا في عملية الترجيح ؟
وذكر اختلاف العلماء وأقوالهم وأدلتهم.

المطلب الأول
أهمية القواعد الفقهية

لا شك أن علم القواعد الفقهية من العلوم الهامة جدا ، فهو علم عظيم المنفعة ، جليل الفائدة ، لما تلمس فيه من تنشيط للذهن و العقل و الفكر معا ، وذلك من خلال الربط بين القواعد الفقهية وشتى الفروع والجزئيات المندرجة تحتها.

وهو أيضا ذا أثر عظيم على طالب العلم الذي يشتغل به ،وكذا الدارس له ،وقد ذكر الفقهاء والأصوليون نصوصا كثيرة جدا، تبين أهمية القواعد والضوابط الفقهية ، ومكانتها الفقهية، و هي في الحقيقة آراء سديدة وقيمة تدل على عمق كبير في الفهم والبحث والعمق والتحري والتجربة.

وقد رأيت من الاستحسان أن لا أنقل تلك النصوص جميعها ، على فضلها وقيمتها، وذلك مخافة الإطالة والتكرار، و اكتفيت فقط في هذا المقام ، أن أذكر قول الإمام القرافي[١] (ت ٦٤٨هـ) ـ رحمه الله ـ في تبيان أهمية القواعد الفقهية :
قال ـ رحمه الله ـ في كتابه "أنوار البروق في أنواع الفروق" ،وهذا بعد أن قسم الشريعة الغراء إلى أصول و فروع ، وقسم الأصول إلى قسمين ، أولهما أصول الفقه ، وثانيهما قواعد كلية فقهية جليلة...ثم تحدث ـ رحمه الله ـ بعد ذلك عن أهمية القواعد فقال:

"وهذه القواعد مهمة في الفقه عظيمة النفع ، وبقدر الإحاطة بها يعظم قدر الفقيه، ويشرف و يظهر رونق الفقه ويعرف ،وتتضح مناهج الفتوى وتكشف ، فيها تنافس العلماء وتفاضل الفضلاء ، وبرز القارح على الجذع ، وحاز قصب السبق من فيها برع ،ومن جعل يخرج الفروع بالمناسبات الجزئية دون القواعد الكلية ،تناقضت عليه الفروع واختلفت، وتزلزلت خواطره فيها واضطربت ، وضاقت نفسه لذلك وقنطت ، واحتاج إلى حفظ الجزئيات التي لا تتناهى ، وانتهى العمر ، و لم تقض نفسه من طلب مناها ، ومن ضبط الفقه بقواعده استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات لاندراجها في الكليات ، واتحد عنده ما تناقض عند غيره وتناسب ، و أجاب الشاسع البعيد وتقارب ، وحصل طلبته في أقرب الأزمان واشرح صدره لما أشرق فيه من البيان ، فبين المقامين شأو بعيد ، و بين المنزلتين تفاوت بعيد "[٢].

---

[١] ـ هو أبو العباس أحمد بن إدريس بن عبد الرحمن الصنهاجي البهنسي المالكي ، المشهور بالقرافي ، والملقب بشهاب الدين ، ولد بمصر ونشأ فيها ، وبرع في الفقه والأصول والتفسير وعلوم أخرى ،توفي بالقاهرة سنة ٦٨٤هـ.
من مؤلفاته " الذخيرة في الفقه" ، وشرح التنقيح في أصول الفقه " ،و أنوارالبروق في أنواع الفروق "، و"ونفائس الأصول في شرح المحصول" وغيرها ، راجع ترجمته في :الأعلام لزركلي ١ /٩٤ ، و كحالة ، عمر رضا، معجم المؤلفين ،دار إحياء التراث العربي ،بيروت ،١ / ١٥٨ .
[٢] ـ القرافي ، الفروق ،١ / ٢ .

المطلب الثاني
فوائد دراسة القواعد الفقهية

إن دراسة القواعد الفقهية من أهم العلوم التي ينبغي على طلبة العلم الشرعي الاشتغال بها، والتركيز عليها ، لما تتضمنه من الفوائد العديدة والمنافع الكثيرة ،ولما لها من مكانة راقية ومتميزة في علوم الشريعة ، ومن ذلك :

١ ـ ضبط الفروع الفقهية الكثيرة والمتناثرة في سلك واحد ، بحيث تربط المسائل الكثيرة في أصل واحد هو القاعدة ، بحيث تكوّن القواعد الفقهية عند الفقيه المشتغل بها المقدرة الكبيرة على ضبط الكثير من الفروع والمسائل الفقهية ، ولقد قال الإمام القرافي رحمه الله في ذلك : "و من ضبط الفقه بقواعده ، استغنى عن حفظ أكثر الجزئيات ، لاندراجها في الكليات ، واتحد عنده ما تناقض عند غيره"[١].

وقال ابن رجب الحنبلي : " يصف القواعد الفقهية ويبين أهميتها :"ما بعد فهذه قواعد مهمة وفوائد جمة ، تضبط للفقيه أصول المذهب .... وتنظم له منثور المسائل في سلك واحد وتقيد له الشوارد وتقرب عليه كل متباعد"[٢].

وقال الإمام الزركشي في ذلك : " وهذه قواعد تضبط للفقيه أصول المذهب ، وتطلعه من مأخذ الفقه على نهاية المطلب ، و تنظم عقده المنثور في سلك ، وتستخرج له ما يدخل تحت الملك "[٣].

٢ ـ إن القواعد الفقهية تسهل على الفقيه ، و الدارس للفقه ، معرفة الحكم في المسائل الحديثة والمستجدة ، وذلك من خلال قياسها على مثيلاتها في الفقه ، لأنه لا تكاد تخلو مسألة من نظير لها في الفقه الإسلامي.

فهذا ما وصفه الإمام السيوطي في كتابه الأشباه والنظائر موضحا هذه الأهمية : " اعلم أن فن الأشباه والنظائر[٤] ، فن عظيم ، يطلع على حقائق الفقه و مداركه....ويقتدر على الإلحاق والتخريج ،ومعرفة أحكام المسائل التي ليست بمسطورة ،والحوادث والوقائع التي لا تنقضي على مرّ الزمان" [٥].

---

(١) ـ االقرافي ، الفروق ، (١ /٦ ، ٧، ٨).

(٢) ـ ابن رجب ، زين الدين عبد الرحمن بن أحمد ، القواعد في الفقه ، دار الكتب العلمية، بيروت ، لبنان ، ص ٣

(٣) ـ الزركشي ،أبو عبد الله بدر الدين محمد بن بهادر بن عبد الله الشافعي(٧٩٤هـ) ، المنثور في القواعد الفقهية ، تحقيق د تيسير فائق أحمد محمود ،وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية ، الكويت ، الطبعة ٢ ،١٤٠٥هـ ، ج ١ ،ص ٦٥ ،٦٦.

(٤) ـ علم الأشباه والنظائر من علوم الفقه التي اهتمت ببيان المسائل الفقهية والمتشابهة في المعنى والمتحدة في الحكم ،والمسائل المتشابهة في الظاهر المختلفة في المعنى والحكم، ولكن كتب الأشباه والنظائر لم تقتصر على تلك المسائل ، وإنما أضافت إليها المسائل المتشابهة في الظاهر والحكم ، وهي التطبيقات الفقهية على القواعد الفقهية ، وهذا النوع من المسائل هو الغالب في تلك الكتب حيث تتصدرها القواعد الفقهية ، فيتفق علم الأشباه والنظائر مع القواعد الفقهية في الموضوع وهو الفروع الفقهية المتشابهة ، وفي الأثر وهو الكشف عن الحكم الشرعي ، ويختلف معها في العموم والخصوص فالأشباه والنظائر أعم وأشمل من القواعد الفقهية . انظر : شبير ، القواعد الكلية ص٣٢_٣٤ ، انظر:الندوي ،القواعد الفقهية ،ص ٧٢_٧٩.

(٥) ـ السيوطي ، الأشباه والنظائر ،ص ١٣ .

٣ ـ تكوّن القواعد الفقهية عند الفقيه المشتغل بها ملكة فقهية[١] قوية ، تنير للدارس الدروب الوعرة ، في مجالات الفقه كافة وأبوابه المتعددة ، بحيث تكون عنده معرفة بالأحكام الشرعية في المسائل المطروحة عليه .
و قد قال الإمام السيوطي رحمه الله ـ موضحا و مبينا أهمية فن " الأشباه و النظائر " للفقيه والعالم :
" اعلم أن فن الأشباه والنظائر فن عظيم ، به يطلع على حقائق الفقه و مداركه ، و مآخذه وأسراره ، و يتمهّر في فهم الفقه واستحضاره ويقتدر على الإلحاق والتخريج "[٢].

٤ ـ القواعد الفقهية تمثل روح التشريع الإسلامي ، و تعبر عن مقاصده التي يرمي إلى تحقيقها ، فهي عظيمة النفع جليلة الشأن ، و بقدر فهمها والإحاطة بها يعظم قدر العالم وتعلو مرتبته ، ويتسع أفقه[٣].

٥ ـ المحافظة على وحدة المنطق العام للفقه ودفع التناقض عنه [٤] ، فينبغي على الفقيه عدم النظر إلى الجزئيات بشكل منفرد دون ربطها بالكليات ، كما ذكر العلامة الشاطبي رحمه الله ـ : " فمن الواجب اعتبار تلك الجزئيات بهذه الكليات ، إذ محال أن تكون الجزئيات مستغنية عن كلياتها"[٥].

٦ ـ تيسير فهم الفقه الإسلامي على غير المختصين ، فإن هذه القواعد تجمع فروعا متعددة في عبارة سهلة رشيقة لا تعقيد فيها ولا يحار الذهن في فهمها ، ولولا هذه القواعد لبقيت الأحكام مشتتة قد تتعارض ظواهرها دون أصول تمسك بها في الأفكار[٦].

٧ ـ الدارس للقواعد الفقهية يتبين له أثرها في أسباب اختلاف الفقهاء ، وأدلتهم ومن ثم مناقشتها بقصد الوصول إلى الرأي الذي تقوّيه الأدلة ، وقد ركز الفقهاء رحمهم الله تعالى في مجال أسباب الاختلاف على القواعد اللغوية والأصولية[٧]، و كذا القواعد الفقهية.

---

[١] ـ الملكة الفقهية هي صفة راسخة في النفس تحقق الفهم لقاصد الكلام الذي يسهم في التمكن لإعطاء الحكم الشرعي للقضية المطروحة ،إما بردّه إلى مظانه في مخزون الفقه أو بالاستنباط من الأدلة الشرعية أو القواعد الكلية ، انظر: شبير ، القواعد الكلية ،ص٧٦ .
[٢] ـ السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ١٣.
[٣] ـ انظر: السرحان ، محي هلال ، القواعد الفقهية ودورها في التشريعات الحديثة ، مطبعة أركان ، بغداد ن العراق ، ١٩٨٧ م ، ص ٦. انظر:ابن عبد السلام ،عز الدين ، القواعد الصغرى، الفوائد في مختصر القواعد ، تحقيق عادل أحمد عبد الموجود و علي محمد معوض ، دار الجيل ، بيروت ،لبنان ، بيروت ، الطبعة الثانية ، ١٤١٤هـ/١٩٩٤ م.
[٤] ـ شبير ، القواعد الكلية ، ص ٧٩ .
[٥] ـ الشاطبي ، أبو إسحاق إبراهيم بن موسى اللخمي المالكي ، الموافقات في علوم الشريعة ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ج ٣ / ص ٣٦٦ .
[٦] ـ انظر: الزرقا ، المدخل الفقهي العام ،٢ /٩٦٧ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ٨١.
[٧] ـ انظر، الخن ، مصطفى سعيد ، أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ،الطبعة الثانية ،١٤٢٤هـ/٢٠٠٣ م ، ص ١١.

ولعل أفضل المعاصرين الذين كتبوا في أثر القواعد الفقهية في اختلاف الفقهاء الدكتور محمد الروكي في كتابه المتميز الذي سماه " نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء" فجزاه الله خير الجزاء فيما بذل من جهد في إبراز هذا الجانب[١] .

٨ ـ اعتبار القواعد الفقهية من مصادر الأحكام ، بشرط أن يكون لها أصل من كتاب الله أو سنة رسوله صلى الله عليه وسلم ، أو كانت مستندة إلى أدلة صريحة من الكتاب أو السنة أو الإجماع ، ففي هذه الحالة ، تعتبر هذه القواعد مصادر يجوز الاستناد إليها في الاستنباط ، وذالك على الرأي الراجح كما سيأتي في المطلب الثالث القادم[٢]. .

---

[١] ـ انظر : الروكي ، نظرية التقعيد الفقهي ، ص(٢٩٥ ـ ٣٠٠).

[٢] ـ انظر: شبير ، القواعد الكلية ، ص ٨٧ ، الندوي ، القواعد الفقهية ،ص ٣٣٠ ، البورنو ،محمد صدقي ، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الإسلامي ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة ٤ ، ١٩٩٦ م ، (ص ٤٦ ،٤٨ ، ٤٩).

المطلب الثالث
حجية القواعد الفقهية

اختلف الفقهاء في مدى اعتبار القواعد الفقهية أدلة تستنبط فيها الأحكام الشرعية ، وذلك على ثلاثة أقوال :

القول الأول
عدم جواز الاحتجاج بالقواعد الكلية والضوابط الفقهية

وممن قال بهذا الرأي من العلماء الإمام الجويني[١] ، وابن نجيم [٢] ، ومن المعاصرين: الشيخ العلامة علي حيدر[٣] ــ والدكتور الندوي[٤] ،واستدلوا لذلك بما يأتي :

١ ــ إن القواعد الفقهية أغلبية وليست كلية ،وبالتالي فيها استثناءات كثيرة ، ومن المحتمل أن يكون الفرع الفقهي الذي استنبط من القاعدة الفقهية ، أصلا هو داخل في هذه المستثنيات ، ولذلك لا يجوز بناء الحكم الفقهي على أساس هذه القواعد ، لأنها شواهد في حقيقتها يستأنس بها في تخريج أحكام القضايا الجديدة على المسائل الفقهية المدوّنة[٥].

٢ ــ إن أغلب القواعد والضوابط الفقهية لا تستند إلى نصوص شرعية ، وإنما تستند إلى استقراء ناقص للفروع الفقهية الكثيرة ، وبالتالي لا تفيد اليقين الجازم ، فتعميم حكم القاعدة الفقهية على جميع الفروع الفقهية فيه نوع من المجازفة[٦].

٣ ــ أن أصل القواعد الفقهية هي ثمرة للفروع الفقهية المختلفة و رابط لها ، و ليس من المعقول أن نجعل ما هو ثمرة و رابط دليل شرعيا أو حجة شرعية للاستنباط[٧].

---

[١] ـ الجويني ، أبو المعالي عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الشافعي ، الملقب بإمام الحرمين ، غياث الأمم في التياث الظلم ، تحقيق عبد العظيم الديب ، الشؤون الدينية ، قطر ، الطبعة الأولى .
قال الإمام الجويني : " وأنا الآن أضرب من قاعدة الشرع مثلين يقضي الفطن العجب منهما ، وغرضي بإيرادهما تنبيه القرائح لإدرك المسلك الذي جهدته في الزمن الخالي، ولست أقصد الاستدلال بها ، فإن الزمان إذا فرض خاليا عن التفاريع والتفاصيل لم يستند أهل الزمان إلا إلى مقطوع به ، فالذي أذكر من أساليب الكلام في تفاصيل الظنون ،فالمثلان أحدهما في الإباحة والثاني براءة الذمّة " (الغياثي ص ٤٩٩) .

[٢] ـ الحموي ،أحمد بن محمد ، غمز عيون البصائر و شرح الأشباه والنظائر ، دار الطباعة العامرة ، القاهرة ، الطبعة الأولى ، ١٣٥٧ هـ ، وقد نقل الحموي عن " الفوائد الزينية " لابن نجيم : " أنه لا يجوز الفتوى بما تقتضيه القواعد والضوابط ، لأنها ليست كلية بل أغلبية خصوصا ، وهي لم تثبت من الإمام (أبو حنيفة) بل استخرجها المشايخ من كلامه " (١ / ١٣٢) .

[٣] ـ جاء في شرح المجلة للعلامة علي حيدر : " فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد " ، حيدر ، درَر الحكام شرح مجلة الأحكام ، ١ / ١٠

[٤] ـ يقول الندوي في كتابه القواعد الفقهية " : " بأنه لا يصح الرجوع إلى هذه القواعد كأدلة قضائية وحيدة ، وليس من المعقول أن يجعل ما هو جامع ورابط للفروع دليلا من أدلة الشرع ، ثم عن معظم هذه القواعد لا تخلو عن المستثنيات....." (ص ٣٣٠) .

[٥] ـ انظر : شبير ، القواعد الكلية ، ص ٨٤ ، والزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ٢ /٩٦٦ ، ودية ، القواعد والضوابط الفقهية لأحكام البيع ، ص٣٤ ، والندوي ، القواعد الفقهية ، ص٣٣٠ .

[٦] ـ انظر : الباحسين ، القواعد الفقهية ، ص ٢٧٢ ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ٨٤ .

[٧] ـ انظر : شبير ، القواعد الكلية ، ص ٨٤ ، البورنو ، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه ،ص ٣٩ .

القول الثاني
جواز الاستدلال بالقواعد الفقهية الكلية إذا لم يعارضها أصل مقطوع به من كتاب أو سنة أو إجماع.

وممن قال بهذا الرأي من العلماء ، حجة الإسلام الغزالي[١] ، والعلامة القرافي[٢] و الإمام الشاطبي[٣]، والعلامة السيوطي[٤] ـ رحمهم الله ـ و من العلماء المعاصرين مثل الشيخ البورنو[٥]،و الباحسين ،والدكتور عبد المجيد عبد الله دية [٦]،واستدلوا بما يأتي:

١ ـ أن بعض القواعد الفقهية هي في أصلها نصوص من الكتاب و السنة ، فإذا كانت القواعد الفقهية كذلك فهي أدلة شرعية ، يمكن الاستناد إليها في استنباط الأحكام ، و إصدار الفتوى ، وإلزام القضاء ، فالنص دليل شرعي ، فكذلك القاعدة الفقهية هي دليل شرعي[٧].

٢ ـ أن بعض القواعد الفقهية أصلها أنها بنيت على أدلة واضحة من الكتاب والسنة والإجماع ، ومثال ذلك كقاعدة " اليقين لا يزول بالشك " وأمثالها من القواعد ، فهي تشبه الأدلة وقوتها كقوة الأدلة ، فليس هذا مانع من أن نحتكم إليها كدليل شرعي[٨].

٣ ـ إن القاعدة الفقهية هي قواعد كلية ، أي قواعدها منطقية على جميع جزئياتها ، ولا يقدح في أنها قواعد كلية وجود استثناءات فيها[٩].

٤ ـ إن حجية القاعدة وصلاحيتها للاستدلال استفيد من مجموع الأدلة الجزئية التي نهضت بمعنى تلك القاعدة ، فإن كان كل دليل جزئي هو حجة بذاته يصح الاستدلال به فمن باب أولى أن تتحقق هذه الحجية في القاعدة التي أرشدت إليها مجموع الأدلة و تكون دلالتها قطعية[١٠].

---

(١) ـ قول الغزالي ، مما يفهم من كلامه ـ رحمه الله ـ : " كل معنى مناسب لحكم مطرد في أحكام الشرع ، لا يرده أصل مقطوع به من كتاب أو سنة أو إجماع ، فهو مقول به ، وإن لم يشهد له أصل معين " ، الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد ، المنخول من تعليقات الأصول ، دار الفكر ،دمشق،١٩٨٠ م، (ص ٣٦٤) .
(٢) ـ القرافي ، الفروق ، ٤ / ٤٠ .
(٣) ـ قول الشاطبي رحمه الله : " كل أصل شرعي لم يشهد له نص معين ، وكان ملائما لتصرفات الشرع ومأخوذا معناه من أدلته فهو صحيح يبنى عليه ، ويرجع إليه إذا كان ذلك الأصل قد صار بمجموع أدلته مقطوعا به " الشاطبي ، الموافقات ، (١ /٣٩) .
(٤) ـ قول السيوطي رحمه الله : "وقد صدرت كل قاعدة بأصلها من الحديث والأثر، وحيث كان في إسناد الحديث ضعف، أعملت جهدي في تتبع الطرق والشواهد، لتقويته على وجه مختصر"، السيوطي ،الأشباه والنظائر، ص١١.
(٥) ـ البورنو ، محمد صدقي بن أحمد بن محمد ، موسوعة القواعد الفقهية ، مكتبة التوبة ، الرياض ، السعودية ، الطبعة ٢ ،١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م ، (ج ١ / ٤٦ ـ ٤٩) .
(٦) ـ الباحسين ، القواعد الفقهية ، (ص ٢٧٨ ـ ٢٨٢). قول الدكتور عبد المجيد دية : "......يترجح لديّ بأن القواعدالفقهية تعتبر دليلا على الأحكام الشرعية " دية ، القواعد والضوابط الفقهية في أحكام البيع ، ص ٤٠ .
(٧) ـ انظر : دية ، القواعد والضوابط الفقهية ، ص ٣٥ .
(٨) ـ انظر : البورنو ، موسوعة القواعد الفقهية ، ص ٤٨ ، دية ، القواعد والضوابط الفقهية ، ص ٣٥ .
(٩) ـ انظر : شبير ، القواعد الكلية ، ص ٨٥.
(١٠) ـ شبير ، القواعد الكلية ، ص ٨٥ ، الكيلاني ، عبد الرحمن ، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى كلية الشريعة بالجامعة الأردنية ، ١٩٩٦ م ، ص ١٠٨ .

٥ ــ أن المتتبع لاجتهادات الأئمة الأعلام للقواعد الفقهية ، واعتمادهم عليها للكشف عن الحكم الشرعي المناسب للوقائع والمستجدات التي لم يرد فيها نص ، الأمر الذي يبين لنا أن هذه القاعدة راسخة في أذهان المجتهدين[١] ، ومن الأمثلة على ذلك :

ما صرّح به جمهور الفقهاء أن الجماعة إذا قتلوا واحدا يقتلون به ، وكان مما احتجوا به بالإضافة إلى قول الصحابي و القياس ، القواعد الكلية [٢] ، فقال ابن العربي : " فإن الله سبحانه و تعالى إنما قتل من قتل صيانة للأنفس عن القتل ، فلو علم الأعداء انهم بالاجتماع يسقط القصاص عنهم لقتلوا عدوّهم في جماعتهم ، فحكما بإيجاب القصاص عليهم ردعا الأعداء ، وحسما لهذا الداء"[٣] .

القول الثالث
عدم صحة الاستناد إلى القواعد الفقهية في استنباط الأحكام ما لم يوجد عليها نص صريح من الكتاب أو السنة

وذهب إلى هذا الرأي العلماء الذين كوّنوا لجنة إعداد مجلة الأحكام العدلية [٤] ، فجاء في تقريرهم في إعداد المجلة : "المقالة الثانية من المجلة هي القواعد التي جمعها ابن نجيم و من سلك مسلكه من الفقهاء ــ رحمهم الله تعالى ــ ، فحكام الشرع ما لم يقفوا على نقل صريح لا يحكمون بمجرد الاستناد إلى واحدة من هذه القواعد إلا أن لها فائدة كلية في ضبط المسائل "[٥].

ــ الترجيح :

بعد النظر بين أدلة كل فريق ، أرى ــ والله أعلم ــ أن الرأي الراجح ما ذهب إليه أصحاب القول الثالث ، ورأيهم هذا موافق و مقارب لأصحاب القول الأول بأن الأصل هو عدم جواز الاستدلال بالقواعد الفقهية كدليل شرعي .

و يستثنى من هذا الأصل ، أنه يجوز الاستدلال بالقواعد الفقهية كحجة شرعية في استنباط الأحكام الفقهية لكن بالشرطين التالين :

أ ــ أن تستند القاعدة الفقهية على دليل من كتاب الله أو سنة رسوله صلى الله عليه وسلم أو إجماع.

---

[١] ـ الكيلاني ، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي ، ص ١٠٨ .

[٢] ـ انظر : الكيلاني ، قواعد المقاصد ، ص ١٠٩ .

[٣] ـ ابن العربي ، أحكام القرآن ،(٢ / ٦٢٤) .

[٤] ـ تتكون لجنة إعداد المجلة من : أحمد جودة ناظر ديوان الأحكام العدلية ، والسيد خليل مفتش الأوقاف ، وسيف الدين عضو شورى الدولة ، وأحمد حلمي موظف في ديوان الأحكام العدلية ، ومحمد أمين الجندي عضو شورى الدولة ، وعلاء الدين بن محمد بن أمين عابدين .(نقلا من كتاب : القواعد الكلية و الضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية ، للدكتور محمد عثمان شبير ، ص ٨٦) .

[٥] ـ مجلة الأحكام العدلية ، ص ١١ . وهذا الرأي هو نفس رأي القول الأول المانعين لاعتبار القواعد الفقهية ، كدليل أو حجة شرعية يمكن استنباط الأحكام ، و من الفقهاء المعاصرين الدكتور علي الندوي ، ومحمد صدقي البورنو وغيرهم من علماء الأمة .

ب ـــ أن لا تعارض القاعدة الفقهية أصلا مقطوعا به من كتاب الله أو سنة رسوله صلى الله عليه وسلم ،أو إجماع.

خلاصة القول :

أن القواعد الفقهية التي لا تستند إلى دليل صريح من الكتاب أو السنة أو الإجماع فإنها لا تعتبر مصدرا يستند إليها في استنباط الأحكام الشرعية ، ولكن يمكن الاستئناس بها في الترجيح بين الآراء ، وتفريع الأحكام وتخريجها[1].

---

[1] ـ انظر : شبير ، القواعد الكلية ، ص ٨٧ .

الفصل الأول

الضمان ، تعريفه ، أركانه ، مقاصده

يبحث هذا الفصل في حقيقة الضمان وماهيته ، ثم عن مقومات الضمان الأساسية ، أي ما به يقوم الضمان في الشريعة الإسلامية.

وهذا ما يشمل تعريف الضمان ، ومشروعيته ، وأركانه ، ومقاصده ، وأسبابه... ويتم بحث هذه الأمور في المباحث الثلاثة الآتية :

المبحث الأول : الضمان : تعريفه ، مشروعيته ، أسبابه

المطلب الأول : تعريف الضمان لغة واصطلاحا
المطلب الثاني : أدلة مشروعية الضمان
المطلب الثالث : مصادر الضمان (أسباب التضمين)
١ ــ العقد
٢ ــ وضع اليد
٣ ــ الإتلاف
٤ ــ الفروق بين ضمان اليد وضمان العقد وضمان الإتلاف

المبحث الثاني : أركان الضمان

الركن الأول : الاعتداء
الركن الثاني : الضرر
الركن الثالث : الرابطة بين التعدي والضرر أو المباشرة والتسبب

المبحث الثالث :مقاصد الضمان

المبحث الأول

الضمان
تعريفه ، مشروعيته ، أسبابه

المطلب الأول
تعريف الضمان لغة واصطلاحا

الفرع الأول: تعريف الضمان لغة

الضمان كلمة مأخوذة من فعل (ضمن) بفتح الضاد وكسر الميم وفتح النون ، وهو في لغة العرب يدل على عدة معاني ، منها :

١ ـــ الكفالة :

جاء في لسان العرب : " ضمن الشيء وبه ضمنا و ضمانا كفل به ، وضمّنه إيّاه :أي كَـفّـلـه ، وفلان ضامن وضمين : أي كافل وكفيل[١] ، وهذا المعنى ورد في تفسير قوله تعالى " **وكفّـلـها زكريا كلما دخل عليها زكريا المحراب وجد عندها رزقا** "[٢]، أي بمعنى ضمن القيام بها[٣].

٢ ـــ الالتزام :

ضمن المال أي التزمه ، ويتعدى إلى مفعولين ، تقول : ضمّنته المال أي ألزمته به[٤]

٣ ـــ التغريم :

جاء في القاموس المحيط : " أن قولك ضمّنته الشيء تضمينا فتضمّنه عني ، بمعنى: غرّمته فالتزمه"[٥].

وقد وردت كلمة الضمان في سنة رسول الله صلى الله عليه وسلم بهذا المعنى في مواطن كثيرة :

ـــ مثل قوله عليه الصلاة والسلام " **الخراج بالضمان**"[٦].

ـــ وقوله صلى الله عليه وسلم " **من تطبّب وهو لا يعلم منه طبّ فهو ضامن** "[٧].

وهناك عدة معاني أخرى للضمان جاءت في اللغة العربية ، فقد جاء في المعجم الوسيط : "ضمن الشيء أي جزم بصلاحيته وخلوه مما يعيبه "[٨].

والواقع أن الضمان بكل معانيه اللغوية ، تصب في معنى الكفالة والالتزام ، ويطلق بها اليوم و يراد بها عموما الكفالة .

---

[١] ـ ابن منظور ،لسان العرب ، ١٣ /٢٥٧ .

[٢] ـ سورة آل عمران ، الآية :٣٧.

[٣] ـ القرطبي ،محمد بن أحمد القرطبي المالكي ، الجامع لأحكام القرآن ، تحقيق أحمد عبد العليم البرذوني ، دار الشعب ، القاهرة ، الطبعة الثانية ،١٣٧٢هـ ، ٤ / .

[٤] ـ مصطفى ، إبراهيم ، المعجم الوسيط ، وعدة مؤلفين ، المكتبة العلمية ، طهران ، ص ٥٦٥.

[٥] ـ الفيروز آبادي ، القاموس المحيط ، ص ١٢١٢.

[٦] ـ سبق تخريجه ، ص ٢١ . والسبب أن رجلا ابتاع عبدا من آخر فأقام عنده ما شاء الله تعالى أن يقيم ، ثم وجد به عيبا فخاصم رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فرده عليه فقال الرجل : يا رسول الله قد استعمل غلامي ، فقال عليه الصلاة والسلام : الخراج بالضمان " . والمعنى أن خراج الغلام قد استحقه المشتري بضمانه ، لأنه كان في ضمانه ولو هلك، هلك من ماله ، وخراج الشيء أي منافعه وكل ما خرج منه من در ونسل ونحوه ،انظر:ابن فبجيم ، الأشباه والنظائر ، ص١٧٥ .

[٧] ـ أخرجه ابن ماجه: في كتاب :الطب ، باب : من تطبب ولم يعلم منه طب ،٢ /١١٤٨ رقم(٣٤٦٦) ، والنسائي في كتاب القسامة ، باب تضمين التطبب ، ٤ / ٢٤٨ رقم (٧٠٦٨) ، وأبو داود ،كتاب :الديات ، باب فيمن تطبب بغير علم فأعنت ، ٤ / ١٩٥ رقم (٤٥٨٦) ،.الحديث صححه الحاكم في مستدركه :٤ /٢٣٦ .

[٨] ـ مصطفى إبراهيم ، المعجم الوسيط ،ص ٥٦٥ .

الفرع الثاني :تعريف الضمان في اصطلاح الفقهاء :

يستعمل أكثر الفقهاء كلمة الضمان بمعنى الكفالة ، على أنهما لفظان مترادفان ،يراد بهما كل ما يخصّ ضمان المال أو ضمان النفس، وذلك عند الالتزام بعقد الكفالة أو الضمان
كما يستعملون اسم الضمان فيما هو أعم من ذلك وهو ضمان المال بعقد أو بغير عقد مثل الاعتداء[١].

لكن عند التحقيق يتبن لنا أن الضمان في اصطلاح الفقهاء يحمل أحد المعنيين وهما :
المعنى الأول :معنى الكفالة ،هي ضم ذمة الكفيل إلى ذمة الأصيل في المطالبة[٢].

المعنى الثاني : معنى الغرم وهو ما يتحمله الغارم ،عند تلف شيء بردّ مثله إذا كان مثليا أو قيمته إذا كان قيميا[٣].

و هذا المعنى الثاني : هو الذي يهمنا في هذا البحث لا المعنى الأول ، وإلى هذا مال الحنفية في تعريفهم للضمان ،وأخذت به مجلة الأحكام العدلية مادة (٤١٦).
ووافق مذهب الإباضية[٤] رأي الحنفية في معنى الضمان وهو التعويض عن الضرر بقولهم :"ضمان التلف إن داين به بلا إذن ،أو قيمته يوم باع بدين"[٥].
وعلى المعنى الثاني : (تبنى نظرية الضمان في الفقه الإسلامي) كما تظهر ذلك كتابات العلماء المعاصرين[٦].

وسوف نذكر عدة تعريفات للعلماء على هذا المعنى:
١ ـــ عرفه الفقيه الحموي (ت ١٠٩٨هـــ) فقال "الضمان كما عرف عبارة عن رد مثل الهالك أو قيمته"[٧].

٢ ـــ عرفه العلامة الشوكاني(ت١٢٥٠هـــ) فقال " الضمان عبارة عن غرامة التالف "[٨].

---

[١] ـ الخفيف ، علي ، الضمان في الفقه الإسلامي ، معهد البحوث والدراسات العربية جامعة الدول العربية ، القاهرة ، مصر ، ص ٥ .

[٢] ـ قلعجي وقنيبي ، معجم لغة الفقهاء ،دار النفائس ، بيروت ، لبنان ، الطبعة١ ، ١٩٨٥ م ، ص ٣٨٢ .

[٣] ـ نفس المرجع السابق ، ص ٢٨٥.

[٤] ـ المذهب الإباضي يعتبر من أقرب المذاهب الإسلامية إلى السنة ، وأكثر الفرق الإسلامية اعتدالا وتوسطا ، وهم بريؤون من الخوارج جملة وتفصيلا ، ويعيشون في جربه بتونس ،وطرابلس في ليبيا ، وجنوب الجزائر.

[٥] ـ الثميني ، ضياء الدين عبد العزيز(١٢٢٣هـ) كتاب النيل وشفاء العليل ، تصحيح وتعليق بكلي عبد الرحمن بن عمر، الطبعة الثانية ،١٣٦٧هـ/١٩٦٧ م ، ج٢ /ص٥٨١.

[٦] ـ من كتب العلماء المعاصرين الذين كتبوا في الضمان : الضمان في الفقه الإسلامي للشيخ على الخفيف ، ونظرية الضمان للدكتور وهبة الزحيلي ونظرية الضمان للدكتور محمد فوزي فيض الله .

[٧] ـ الحموي ،أحمد بن محمد الحنفي ، غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، دار الطباعة العامرة ، بيروت ،لبنان ، الطبعة١ ،١٣٥٧هـ ،٢ / ٢١١ .

[٨] ـ الشوكاني ،محمد بن علي ، نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار ، دار الجيل ، بيروت ، لبنان ، ١٩٧٣ م ، جـ ٦ / ٤١.

ومن الجدير بالذكر أن أشير إلى أن فقهاء المالكية والشافعية والحنابلة والشيعة الإمامية ذهبوا إلى مفهوم الضمان على المعنى الأول وهو الكفالة:
ــ فقال المالكية : "الضمان هو شغل ذمة أخرى بالحق "[١].
ــ أما الشافعية فقالوا : "الضمان هو التزام حق ثابت في ذمة الغير أو إحضار من هو عليه أو عين مضمومة"،وهو بعبارة مختصرة:" إنه التزام دين أو إحضار عين أو بدن"[٢].
ــ أما الحنابلة فقالوا :"هو ضم ذمة الضامن إلى ذمة الضامن عنه في التزام حق فيثبت في ذمتهما جميعا ولصاحب الحق مطالبة من شاء منهما"[٣].
ــ وعرفه الشيعة الإمامية بقولهم :"...فبالضمان ينتقل مبلغ الدين أو الحق إلى ذمة الضامن بدلا عن المدين الأصلي وتفرغ ذمة الأخير منه "[٤].

وهذا المعنى الذي أخذ به فقهاء المذاهب المذكورين للضمان بمعنى الكفالة ، لهم سند شرعي من السنة النبوية المطهرة : فقد روى سلمة بن الأكوع ــ رضي الله عنه ــ أن النبي صلى الله عليه وسلم أتي بجنازة ليصليّ عليها فقال : هل عليه من دين ؟ قالوا : لا يا رسول الله . ثم أتي بجنازة أخرى فقال : هل عليه من دين ؟ قالوا: نعم يا رسول الله
ثلاثة دنانير، قال : صلوا على صاحبكم . فقال أبو قتادة :صلّ عليه يا رسول الله وعليّ دينه ، فصلى عليه"[٥].

٣ ــ وعرفته مجلة الأحكام العدلية فقالت : الضمان هو إعطاء مثل الشيء إن كان من المثليات ، وقيمته إن كان من القيميات"[٦].

٤ ــ وعرفه الأستاذ الجليل مصطفى الزرقا رحمه الله تعالى بقوله " الضمان هوهو التزام بتعويض مالي عن ضرر للغير"[٧].

٥ ــ وعرفه الدكتور وهبة الزحيلي حفظه الله بقوله " هو الالتزام بتعويض الغير عما لحقه من تلف المال أو ضياع المنافع ،أو عن الضرر الجزئي أو الكلي الحادث بالنفس الإنسانية "[٨].

٦ ــ وعرفه الشيخ علي الخفيف رحمه الله فقال :الضمان هو شغل الذمة بما يجب الوفاء به من مال أو عمل ، والمراد ثبوته فيها مطلوبا أداؤه شرعا عند تحقق شرط أدائه"[٩].

---

[١] ـ الدر دير،أحمد أبو البركات، الشرح الكبير، تحقيق محمد عليش، دار الفكر، بيروت ، د ت ،ج٣ /ص ٣٢٩.
[٢] ـ الشربيني ، محمد الخطيب الشربيني ، الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع ،دار الفكر ، بيروت ،١٣٥١ هـ ،٢١٣/٢ ، الشربيني ، محمد الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ، دار الفكر، بيروت ،الطبعة ٢٠٠١،٢ م ، ٢ /٢٦٩.
[٣] ـ ابن قدامه،عبد الله بن أحمد المقدسي ،المغني شرح مختصر الخرقي، دار الفكر، بيروت، الطبعة١٤٠٥،١هـ،٣٨١/٤.
[٤] ـ علي الصافي ، السيد عبد الحكيم ، الضمان في الفقه الإسلامي أسبابه ومجالاته في العقود ، مطبعة الآداب ، النجف الأشرف ، بغداد، ١٩٧٥ م، ص ٣٣ .
[٥] ـ أخرجه البخاري، كتاب الحوالات، في باب: من تكفل عن ميت دينا فليس له أن يرجع،(رقم ٢١٧٣):٨٠٣/٢.
[٦] ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٤١٥ .
[٧] ـ الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ٢ /١٠٣٥ .
[٨] ـ الزحيلي ، محمد ، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي ،دار الفكر ، دمشق ، الطبعة ٢ ، ١٤١٨هـ/١٩٩٨ م ، ص١٥.
[٩] ـ الخفيف ، نظرية الضمان ، ص٥ .

فالملاحظ من هذه التعريفات لفقهاء المذاهب الثلاثة أن الضمان عندهم بالمعنى الأول وهو معنى الكفالة سواء الكفالة بالمال أو الكفالة بالنفس.

وهذا المعنى للضمان خارج عن نطاق بحثنا كما سبق ، وإنما البحث سيكون بالمعنى الثاني وهو الضمان بمعنى الالتزام بالتعويض عن الضرر بالمثل أو القيمة.

ثانيا : السنة النبوية المطهرة

وردت من السنة النبوية الشريفة أحاديث تدل على الضمان بمعنى ضمان المتلفات ، نذكر بعضها:

١ ــ عن سلمة بن الأكوع ــ رضي الله عنه ــ" أن النبي صلى الله عليه وسلم أتيَ بجنازة ليصليَ عليها ، فقال :هل عليه من ديْن . قالوا:نعم ، قال :صلوا على صاحبكم ، قال أبو قتادة :عليّ دينُه يا رسول الله صلى الله عليه وسلم ، فصلّى عليه"[١].

وجه الاستدلال : أنّ النبي صلى الله عليه وسلم طلب من الصحابة أن يلتزم أحدهم بالديْن حتى تبرأ ذمة الميّت ، وهذا هو الضمان الذي نعنيه في بحثنا ، ففي هذا الحديث معنى جواز الضمان عن الميت ، وعن الحيّ من باب أولى.

٢ ــ عن أنس بن مالك رضي الله عنه قال : " أهدى بعض أزواج النبي صلى الله عليه وسلم ، إليه قصعة فيها ثريد ، وهو في بيت بعض أزواجه ، فضربت (عائشة) القصعة فانكسرت ، فجعل ــ النبي صلى الله عليه وسلم ــ يأخذ الثريد فيردّه في الصّحفة ، وهو يقول: كلوا غارت أمكم ، ثم انتظر ،حتى جاءت قصعة صحيحة، فأخذها فأعطاها صاحبة القصعة المكسورة"[٢].

وجه الاستدلال : أن النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ أعاد صَحفة سليمة لصاحب المكسورة " طعام بطعام ، وإناء بإناء " جبرا وتعويضا للضرر الذي أصابها ، ومعلوم أن القيمي يضمن بقيمته والمثلي بمثله[٣].

٣ ــ قوله صلى الله عليه وسلم " العارية مؤداة والزعيم غارم والدّيْن مَقضي"[٤].
وجه الاستدلال أن الزعيم هو الكفيل ، والغارم الذي يلزم ما ضمنه وتكفل به ويؤديه "[٥].

٤ ــ قوله صلى الله عليه وسلم " لا ضرر ولا ضرار في الإسلام "[٦].

وجه الدلالة أن الذي يحدث ضررا لأحد يضمن هذا الضرر ويعوّض عنه. وهذا الحديث يعتبره السيوطي وابن نجيم أصلا لكثير من أبواب الفقه كالضمان و الشفعة والقصاص والديات والحجر والكفارات ...[٧].

وهذا الحديث أيضا هو أحد القواعد في مشروعية الضمان.

---

[١] ـ الحديث سبق تخريجه ، ص ٤٧.

[٢] ـ أخرجه البخاري ، كتاب النكاح، باب : الغيرة (رقم ٤٩٢٧) : ٥ / ٢٠٠٣.

[٣] ـ الدريني ، النظريات الفقهية ، ص ٢٠٠ .

[٤] ـ أخرجه الترمذي عن أبي أمامة ، كتاب : البيوع عن رسول الله صلى الله عليه وسلم ،باب : ما جاء في أن العارية مؤداة (رقم ١٢٦٥):٣/٥٦٥ ، وقال حديث حسن غريب ، وأبو داود ، كتاب البيوع ، باب : في تضمين العَوَر ،(رقم ٣٥٦٥) ، ٣/٢٩٦ .

[٥] ـ المباركفوري ، محمد عبد الرحمن ، تحفة الأحوذي ،تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف ، دار الفكر ، دمشق،٤/٤٨٢ .

[٦] ـ الحديث سبق تخريجه في الفصل التمهيدي ، ص٢٢ .

[٧] ـ السيوطي ، الأشباه والنظائر ،ص ١١٢.

٥ ـــ روي عن سمرة بن جندب رضي الله عنه عن النبي ـــ صلى الله عليه وسلم ـــ قال : **"على اليد ما أخذت حتى تؤديه"**[١].

وجه الدلالة من هذا الحديث أن المعنى الذي يفهم من النص هو الضمان ، جاء في تحفة الأحوذي للمباركفوري وهو يشرح هذا الحديث :
" أي ما أخذته اليد ضمان على صاحبها.......واستدل بهذا الحديث من قال : بأن الوديع والمستعير ضامنان ، و هو صالح للاحتجاج به على التضمين ، لأن المأخوذ إذا كان على اليد الآخذة حتى ترده ، فالمراد أنه في ضمانها كما يشعر لفظ "على " من غير فرق بين مأخوذ ومأخوذ "[٢].

ثالثا : الإجماع
من خلال هذه الآيات الكريمات ، والأحاديث النبوية الشريفة ، التي ذكرناها ، تدل دلالة واضحة ، أن الضمان مشروع في الإسلام ،عند إتلاف الإنسان مال غيره ، أو عند أخذه بدون حق ، وفي ذلك حفظ لأموال الناس ،وصيانة حقوقهم ....
لأن العدالة تقتضي أن من أتلف منفعة عين مملوكة ، أو استهلك مالا لغيره ، دون إذن شرعي ، عليه أن يعوض صاحب العين ، أو أن يرد المال أو يرد مثله ، فإن تعذر فيرده بالقيمة .
من أجل هذا فقد أجمع المسلمون وعلماءهم وفقهاءهم على جواز الضمان في الجملة ، ولم يخالف في صحته أحد[٣].

رابعا : من المعقول
إن الضمان شرع في أصله كوسيلة لحفظ الأنفس والأموال ،لما فيه من زجر للمعتدين وجبر للمتضررين ، وهو حد للاعتداء على أموال الناس ، فالعدالة تقتضي أن من أتلف منفعة عين مملوكة ، أو استهلاك مالا لغير ه دون إذن شرعي ، عليه أن يعوض صاحب العين ، وأن يرد المال أو مثله أو قيمته ، وهذا من أجل صيانة للملكيات وحماية لها.

و أيضا أمر آخر أن الضمان : هو من إحدى الضروريات الخمس التي جاءت بها الشريعة الإسلامية الغراء للحفاظ عليها ، و منها حفظ المال ، فإن الناس لو علموا أن من أتلف شيئا لم يطالب به، وأن من استهلك مالا لم يضمنه لكثر عدوانهم وقلّ رادعهم[٤].

---

[١] ـ أخرجه الترمذي ، كتاب البيوع عن رسول الله ، باب ما جاء في أن العارية مؤداة (رقم٣٥٦١) :٣ / ٢٩٦، وابن ماجه كتاب الأحكام، باب العارية (رقم ٢٤٠٠) ، ٢ /٨٠٢ .
[٢] ـ المباركفوري ، تحفة الأحوذي ،٤ / ٤٠٢ .
[٣] ـ انظر : ابن رشد ، بداية المجتهد ونهاية المقتصد ، ص ٧٦٦ ، الأسيوطي ، محمد بن أحمد ، جواهر العقود ، تحقيق مسعد عبد الحميد السعدني ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة ١ ، ١٩٩٦م ، ج ١ / ١٤٦ .
[٤] ـ انظر : معابدة ، محمد نوح علي ، قاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي ، رسالة دكتوراه في الفقه وأصوله في الجامعة الأردنية ، أيار ،١٩٩٨ م .

المطلب الثالث
مصادر الضمان ــ أسباب التضمين ــ

إن الضمان أو التضمين له أسباب عديدة ، ذكرها الفقهاء في كتب الحنفية والمالكية والشافعية والحنابلة وغيرها[١]،عند بيان أسباب الضمان وهي ثلاثة : العقد ، واليد سواء أكانت اليد عادية أي معتدية غير مؤتمنة ، أم هي ليست بعادية أي غير معتدية ، والإتلاف ،وهي كالتالي :

الفرع الأول : العقد

العقد هو أحد مصادر الضمان ، إذا نص فيه صراحة على شرط من الشروط ، أو حسب العرف والعادة عند الناس ، ثم أخلّ العاقد بشروط العقد أو ما تقتضيه طبيعة العقد ، فلم يقم بتنفيذ التزامه على الوجه المتفق عليه.

ومستند هذا الالتزام هو قوله تعالى : " **يا أيها الذين آمنوا أوفوا بالعقود** "[٢].
وقول الرسول عليه الصلاة والسلام " **المسلمون على شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما** "[٣].

الفرع الثاني: وضع اليد

وضع اليد هو المصدر الثاني من مصادر الضمان هو وضع اليد سواء: أكانت اليد غير مؤتمنة أم يد مؤتمنة .

فأما اليدغيرالمؤتمنة:فهي اليد التي تكون بغيرإذن المالك، مثال ذلك يد السارق والغاصب.
أما اليد المؤتمنة : هي اليد التي لا تضمن الشيء عند هلاكه إلا في حالة التعدي أو التقصير ، لأن الأيدي هنا نعتبر يد مؤتمنة ، ومثالها يد الوديع ، ويد الوصي ، ويد الحاكم،... [٤].

وذكر العلامة الزركشي ــ رحمه الله ــ في منثور قواعده :أن ما يخص الأمانات كضمان يد ،هي الأمانات الشرعية ، فإنها في هذه الحالة تضمن عند التفويت،. كمن أخذ الوديعة من صبي صيانة لها ليردها لوليه فتلفت في يده ،..."[٥].

الفرع الثالث :الإتلاف

ومن خلال دراسة الضمان، وجد العلماء أن علة الحكم في الضمان هو الإتلاف والضرر،فالإتلاف فهو الفناء والهلاك ،ومعنى إتلاف المال أي إهلاكه وإفناؤه .فإذن الإتلاف سبب من أسباب الضمان لأنها تخرج الأشياء من منفعتها المطلوبة.
وهناك شروط إذا توفرت كانت سببا موجبا للضمان ، وهي كالتالي :

---

[١] ـ انظر: ابن قدامه ، المغني ،٤/ ٤٩٢ ، الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ٣/ ٣٣٧ . السرخسي ، المبسوط ،١٩ / ١٦١ ، الكاساني ،البدائع ، ٦ / ١٣١ .
[٢] ـ سورة المائدة ، الآية ١.
[٣] ـ أخرجه أبو داود ، كتاب الأقضية ، باب : في الصلح (رقم ٣٥٩٤) :٣ / ٣٠٤ ، والترمذي ،كتاب الأحكام ، باب : ما ذكر عن رسول الله صلى الله عليه وسلم في الصلح بين الناس (رقم ١٣٥٢) : ٦٣٤/٣ ،وقال هذا حديث حسن صحيح.
[٤] ـ انظر الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص٦٥ ـ ٦٦.
[٥] ـ الزركشي ، المنثور في القواعد ،٢ / ٧٢.

١ ــ أن يكون الشيء المتلف مالا[١] ، فلا ضمان بإتلاف الميتة و جلدها والدم ، وإتلاف التراب العادي ، وسائر الأعيان النجسة ، ونحو ذلك [٢].
٢ ــ أن يكون منقوما[*] بالنسبة للمتلف عليه ، والمنقوم : هو ما يباح الانتفاع به شرعا في غير حال الاضطرار[٣]، فلا ضمان عند إتلاف خمر أو خنزير لمسلم [٤].
ــ وقد ذهب الحنفية[٥] والمالكية[٦] : إلى أن الخمور والخنازير، إن كانت ملكا لغير مسلم أي ذمّي فأتلفها له مسلم أو غيره ، فإنه يضمن له قيمتها إذا كان مسلما،ويضمن مثلها إن كان غير مسلم،وهذا لتعدّيه عليه ولأنها مال محترم ومعتبر عند غير المسلمين يتموّلونها.
وعلق الدكتور الزحيلي على هذا الرأي فقال:"هذه نظرة عدل سديدة تتفق مع احترام العهود لغير المسلمين"[٧] ، لأن المسلم لا يقبل منه تعويضا بالمثل حين إتلاف خمر أو خنزير ، عكس ما إن كان غير المسلم قام بتلف الخمر أو الخنزير ، فيعوض بالمثل لا بالقيمة ،باعتبارأن التالف والمتلّف منه سواء في الدين.
ــ أما الشافعية [٨] والحنابلة[٩] ذهبوا : إلى أنه لا يجب ضمان الخمور ولا الخنازير ، سواء أكان المتلف مسلما أو ذمّيا ، لأنه لا قيمة لها فهي بمثابة الدم والميتة وسائر الأعيان النجسة،والخمر والخنزير هما أصلا محرمة العين، وكل ما ماحرم الانتفاع به لم يضمن .
فلا ضمان أيضا بتحريق كتب الفسق والضلال ، لاشتمالها على الكذب ولإلحاقها ضررا كبيرا بعقيدة الأمة ووحدتها ، فيجب إتلافها وإعدامها[١٠].
ــ والرأي الراجح فيما أراه ــ والله أعلم ــ ماذهب إليه الحنفية والمالكية ، لأنه الأقرب إلى العدالة واحترام العهود والمواثيق بين الدول والأشخاص.
٣ ــ أن يكون التلف أو الضرر محققا بشكل دائم[١١].
٤ ــ أن يكون المتلِف أهلا لوجوب الضمان ، فلا يضمن المالك ما تتلفه بهيمته من الأموال ، لأن فعل العجماء جرحها جبار أي هدر[١٢].
وقد قسم الفقهاء الإتلاف إلى نوعين : إتلاف بالمباشرة ، وإتلاف بالتسبب

---

[١] ـ المال عند الحنفية يختلف مفهومه عند جمهور الفقهاء ، فالحنفية يعرفون المال بأنه : ما يميل إليه الطبع ، ويمكن ادخاره لوقت الحاجة ، أو هو بعبارة أدق : كل عين ذات قيمة مادية بين الناس ، وتعريف جمهور الفقهاء للمال : هو ما يقع عليه الملك و يستبد به المالك عن غيره إذا أخذه من طريق مباح ، وبعبارة أخرى : هو ما أمكن حيازته مما ينتفع به حقيقة ويباح الانتفاع به شرعا على الإطلاق (ابن عابدين ، محمد أمين عابدين بن عمر الدمشقي الحنفي ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، ٤ ، ٣/ ، للشاطبي ،أبو إسحاق إبراهيم بن موسى الشاطبي المالكي، الموافقات في أصول الشريعة ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان،(٢/ ١٧)، الزحيلي ،نظرية الضمان، ص ٥٧ .

[٢] ـ الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ٥٧ ، ٥٨ .

[*] ـ معنى المنقوم : هو ما يمكن على سبيل الإباحة ، حصول الانتفاع به شرعا ، في غير حال الاضطرار.

[٣] ـ نفس المرجع السابق ، ص ٥٨.

[٤] ـ انظر، المرجع السابق .

[٥] ـ الكاساني ، علاء الدين أبي بكر بن مسعود بن أحمد ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، ٧ / ١٦٧ .

[٦] ـ الدسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفة ،حاشية الدسوقي على الشرح الكبير للدردير (ت ١٢٠١هـ) ، مطبعة البابي الحلبي ،٢/٢٠٤ .

[٧] ـ انظر، الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ٥٨ ، ٥٩.

[٨] ـ الشربيني ، شمس الدين محمد الخطيب ، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج ،تحقيق محمد خليل ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٤١٨هـ/١٩٩٧ م ، ٢ / ٣١٥.

[٩] ـ ابن قدامه ، عبد الله بن أحمد المقدسي، المغني شرح مختصر الخرقي،دار الفكر، بيروت،لبنان،الطبعة١،١٤٠٥ هـ.

[١٠] ـ انظر : الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ٦٠.

[١١] ـ الكاساني ، البدائع ،٧ / ١٥٥ .

[١٢] ـ سيأتي شرح و تفصيل ذلك واختلاف الفقهاء في هذه المسألة ، في الفصل القادم إن شاء الله .

أ ــ النوع الأول من أنواع الإتلاف هو الإتلاف بالمباشرة : هو إتلاف الشيء بدون أن تكون هناك واسطة أو هو ما أثر في التلف وحصله أو هو إتلاف الشيء بالذات[١] ،وهو معنى القاعدة الفقهية :" المباشر ضامن وإن لم يتعمد "
ومثال ذلك: قتل الحيوانات المؤذية ، وإحراق الزرع ، وهدم البيوت ، وتمزيق الثوب ، ونحو ذلك ، وكذاقطع الشر بقتل الأعداء دفعا لمفسدة الإضرار والاعتداء على المسلمين .
والعلماء اتفقوا على أن الإتلاف مباشرة يكون سببا للضمان ، سواء أكان الإتلاف عمدا أم خطأ أم سهوا ، وسواء أكان المتلف صغيرا أم كبيرا ، عالما بأنه مال غيره ، أم جاهلا ، لأن ضمان المتلفات ينظر فيه إلى أنه **بدل مال ، لا جزاء فعل.**

ب ــ والنوع الثاني من أنواع الإتلاف هو الإتلاف بالتسبب :
ومعنى ذلك هو إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر ، وعرفه ابن عبد السلام ــ رحمه الله ــ في قواعده :" التسبب إيجاد علة المباشرة "[٢].
ومثال ذلك : حفر البئر في موضع لم يؤذن فيه ، كالطرقات العامة ،أو إيقاد النار قريبا من الزرع ،أوتمزيق الوثائق والسندات المتضمنة لإثبات الحق والاحتجاج بها،...
فالضمان بالإتلاف على وجه التسبب هي أكثر ما يحدث إما فيما يمس حقوق الجوار مثل إسالة الماء أو إشعال النار..، أو حقوق الناس عامة في الطرقات.

رابعا : الفروق بين ضمان العقد وضمان اليد وضمان الإتلاف:
ذكر فقهاؤنا ــ رحمهم الله تعالى ــ: فروقا بين أسباب الضمان الثلاثة ،كالفروق بين ضمان العقد وضمان اليد ،والفروق بين ضمان اليد وضمان الإتلاف.
ــ ذكرالسيوطي ــ رحمه الله ــ الفروق بين أسباب الضمان الثلاثة، فقال :" الفرق بين ضمان العقد وضمان اليد : أن ضمان العقد مردّه ما اتفق عليه المتعاقدان أو بدله ،وضمان اليد مرده المثل والقيمة....ويفارق الإتلاف ضمان اليد في أنه (أي الإتلاف) يتعلق الحكم فيه بالمباشرة دون السبب ، وضمان اليد يتعلق بالمباشرة والسبب"[٣].

ــ وأشارالسّرَخسي أيضا إلى هذه الفروق نفسها ، فقال : " إن ضمان الإتلاف مبني على المماثلة ، وبهذا فارق ضمان العقد ، فإنه غير مبني على المماثلة باعتبار الأصل ، بل على المراضاة ، وكيف ينبني على المماثلة والمقصود بالعقد طلب الربح ، ثم ضمان العقد مشروع ، وفي المشروع يعتبر الوسع والإمكان ، ولهذا يجب الضمان باعتبار التراضي ، فاسدا كان العقد أو جائزا ، فيسقط اعتبار التفاوت الذي ليس في وسعنا الاحتراز عنه في ضمان العقد . فأما الإتلاف فمحظور غير مشروع ، وضمانه مقدر بالمثل بالنص[٤] ،فلا يجوز إيجاب الزيادة على قدر المتلف بسبب الإتلاف"[٥].

---

[١] ـ عودة ، عبد القادر ، التشريع الجنائي الإسلامي ،٢ /٣٦.ـ الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ٦٨ ، الكاساني ، البدائع ،٧/ ١٦٥.
[٢] ـ ابن عبد السلام ، العز ،قواعد الأحكام في مصالح الأنام ، دار الكتب العلمية ، بيروت ن لبنان ، ٢ / ١٣٢.
[٣] ـ السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ٤٥٠.
[٤] ـ يقصد بالنص أي النص القرآني عند قوله تعالى "وجزاء سيئة سيئة مثلها "و" وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به "
[٥] ـ السرخسي ، محمد ابن أبي سهل ،المبسوط ، دار المعرفة ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٦ هـ ، ١١ / ٨٠.

بهذا يتضح الفرق بين ضمان الإتلاف وضمان اليد :أن مصدر الضمان في الإتلاف هو مباشرة الفعل ، وأما مصدر ضمان اليد فهو إما المباشرة أو التسبب ،إلا أن الحنفية قالوا:إذا كان المسبب في الإتلاف متعديا يجعل كالمباشر[١].

لكن أضاف بعض الفقهاء المعاصرين ، فروقا بين ضمان العقد من جهة ، وضمان اليد أو ضمان الإتلاف من جهة أخرى بما يأتي[٢] :

١ ــ الأهلية :

ــ اشترط الحنفية والمالكية[٣] في ضمان العقد ، أهلية الأداء الناقصة أي التمييز وهي صلاحية الشخص لصدور الفعل منه على وجه يعتد به شرعا.
ــ وعند الشافعية [٤] الحنابلة[٥] اشترطوا فيها أن تكون الأهلية المعتبرة هي أهلية الأداء الكاملة وهي البلوغ مع العقل.
و أما في ضمان اليد : فإن الأهلية المعتبرة بها هي أهلية الوجوب الكاملة ، التي يقصد بها الصفة الإنسانية ، سواء أكان الصبي مميزا أم غير مميز ، فهو ملزم بضمان المتلفات.

٢ ــ كيفية التعويض:

يكون التعويض في ضمان العقد حسبما جرى الاتفاق عليه في العقد الذي تراضى عليه الطرفان عند العقد ، لأن المقصود من العقود هو الاسترباح.
وأما في حالة ضمان اليد : فإن التعويض يقوم على اعتبار المماثلة ، لأن المقصود هو دفع الضرر المحظور.

٣ ــ الإجازة :

الإجازة تلحق العقد كما في تصرف الفضولي، وكذا تلحق الأفعال عند الإمام محمد بن الحسن خلافا لأبي حنيفة رحمه الله تعالى ، فلو ردّ الغاصب الشيء المغصوب إلى شخص أجنبي ، فأجاز المالك المغصوب منه قبض ذلك الأجنبي أي فعله ، برئ الغاصب من الضمان عند محمد ، وعمد أبي حنيفة لا يبرأ من الضمان.
أما في ضمان الإتلاف : ففي قول مرجوح أن " الإجازة لا تلحق الإتلاف "
ومثالها : لو أتلف إنسان مال غيره تعديا ، فقال المالك : أجزت أو رضيت أو أمضيت، لم يبرأ من الضمان[٦].

والصحيح أن الإجازة تلحق الإتلاف كبقية الأفعال[٧].

---

(١) ـ السرخسي ، المبسوط ، ١١ / ٨٠ .
(٢) ـ من فقهاء هذا العصر الذين فرقوا بين ضمان العقد من جهة وضمان اليد أو ضمان الإتلاف من جهة أخرى : فضيلة الأستاذ الدكتور وهبة الزحيلي ـ حفظه الله ـ في كتابه القيم : نظرية الضمان ،ص ٧٩ و٨٠ و٨١ ، وفضيلة الأستاذ الدكتور محمد فوزي فيض الله، في كتابه القيم " نظرية الضمان " ، ص ٦٨.
(٣) ـ- ابن عابدين ، محمد أمين عابدين بن عمر عابدين بن عبد العزيز الدمشقي الحنفي ، رد المحتار على الدر المختار ،دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان ،الطبعة الثانية ٢ ، ١٩٨٧ م ، ٤ / ٥ ، الدر دير ، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد ،الشرح الكبير ، تحقيق محمد عليش ، دار الفكر ، بيروت ، لبنان ، د ت ، ٣ / ٥.
(٤) ـ الشربيني ،مغني المحتاج ، ٢ / ١٠.
(٥) ـ ابن قدامه ، المغني ،٥ / ٢٧٦ .
(٦) ـ ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٣٣٨.
(٧) ـ الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ٨١.

المبحث الثاني

أركان الضمان

في هذا المبحث نتطرق إلى الضمان الذي لا يتحقق ، إلا بوجود الأركان الثلاثة للضمان الأساسية وهي :

الركن الأول : الاعتداء
الركن الثاني : الضرر
الركن الثالث : الرابطة بين التعدي والضرر ، أو المباشرة والتسبب

وقد اعتبرت هذه الأركان ضمانا لدخولها في حقيقته ، ولتوقف وجوده على وجودها ، لأن ضمان الشيء لا يجب إلا إذا توافر معنى التضمين ، والتضمين لا يتحقق إلا بوجود هذه الثلاثة الأركان وهي : التعدي ، والضرر ، والرابطة بين الاعتداء والضرر.
وسوف أتناول بإذن الله تعالى هذه الأركان الثلاثة فيما يأتي بالتفصيل .

الركن الأول
الاعتداء أو التعدي

١ ــ التعدي لغة:

يراد بالتعدي أو الاعتداء لغة : هو الظلم ومجاوزة الحد في الحق والشيء.
ففي لسان العرب : عَدَا عليه عَدوًا وعَدَاءً وعدُوَانًا ، وتعدّى واعتدى : ظلمه والتعدّي مجاوزة الشيء إلى غيره ، ويقال :تعدّيْتُ الحقّ ......أي جاوزته .
ويقال أيضا : عَدّيُه فتعدّى ....أي تجاوز.
وأصل هذا كله : هو مجاوزة الحد والقدْر والحقّ[1].

٢ ــ التعدي في الشرع:

ــ وردت كلمة (اعتدى) في القرآن الكريم ، عند قوله تعالى : " **فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم** "[2].
قال علماء التفسير في شرح هذه الآية الكريمة : إن المقصود بقوله تعالى " فمن اعتدى عليكم " هو التجاوز[3] ، أو هو مجاوز الحد[4].

ــ وفي كتب الفقه للمذاهب الأربعة ، استعملت كلمة التعدي أو الاعتداء ، بمعنى مجاوزة الشخص الحد المأذون له في حقه ، وقام بالتعدي على غيره .

ذكر العلامة الكاساني[5] الحنفي ــ رحمه الله ــ في البدائع عند حديثه عن الغصب، فقال:
" الغصب إنما جعل سببا لوجوب الضمان بوصف كونه تعديا ، فإذا وقع الإثبات بغير إذن المالك وقع تعديا ، فيكون سببا لوجوب الضمان بوصف كونه تعديا"[6].

وما ذكره كذلك العلامة الدسوقي[7] المالكي ــ رحمه الله تعالى ــ بقوله :
" ..أعقب الغصب بالتعدي ، لما بينهما من المناسبة من جهة ، أي أن في كل منهما تصرفا في الشيء بغير إذن ربه"[8].

---

(١) ـ انظر : القيروزآبادي ، القاموس المحيط ، مادة عدا ١٣٠٩ ، ابن منظور ، لسان العرب ، مادة عدا ، ١٥/ ٣٣
(٢) ـ سورة البقرة : الآية ١٩٤ .
(٣) ـ القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ٢ /٣٦٠ .
(٤) ـ ابن العربي ، محمد بن عبد الله بن العربي ، أحكام القرآن ، تحقيق محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية ،بيروت ، الطبعة١ ،١ / ١٦١.
(٥) ـ الكاساني : هو علاء الدين أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، لقب بملك العلماء ، وهو فقيه حنفي ،صاحب كتاب البدائع ، شهد له شيوخه بالبراعة في علم الأصول والفروع ، وسمي بالكاساني نسبة إلى كاسان ، وهي بلد في تركستان ، توفي في حلب ٥٨٧هـ (انظر طبقات الحنفية عبد القادر القرشي ،١ / ٢٤٤ وما بعدها).
(٦) ـ الكاساني ،علاء الدين أبي بكر بن مسعود بن أحمد الكاساني ، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ،٧ /١٦٧.
(٧) ـ الدسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفه الدسوقي ، فقيه مالكي ، صاحب الحاشية المعروفة "حاشية الدسوقي على الشرح الكبير " ، وهو من أهل دسوق بمصر ، تعلم وأقام في مصر وتوفي بالقاهرة ، ومن كتبه أيضا حاشيته على "مغني اللبيب " (انظر،الأعلام ، للزركلي ، ٦ / ١٧) .
(٨) ـ الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ٣ / ٤٥٩.

وقوله أيضا : "المتعدي من فعل في شيء غيره ما يضر به بغير إذنه "[١]

وجاء في مغني المحتاج للعلامة الشربيني الشافعي ــ رحمه الله تعالى ــ :
" ...ويضمن الشخص بحفر بئر عدوان كحفرها بملك غيره بغير إذنه أو في مشترك بغير إذن شريكه ، أو في شارع ضيق ، أو واسع ، لمصلحة نفسه بغير إذنه الإمام فيضمن ما تلف فيها...."[٢]

وفي المغني للعلامة ابن قدامه[٣] الحنبلي ــ رحمه الله تعالى ــ قوله :
" ..... ما إذا أوقد نارا في ملكه أو في موات ، فطارت شرارة إلى دار جاره فأحرقتها أو سقى أرضه ، فنزل الماء إلى أرض جاره فغرقها لم يضمن ، إذا كان فعل ما جرت به العادة من غير تفريط ، لأنه غير معتد .... وإن كان بتفريط منه بأن أجّج نارا تسري في العادة لكثرتها ،أو في ريح شديدة فحملها ، أو فتح ماء أرض غيره ، أو أوقد في دار غيره ، ضمن ما تلف به "[٤].

ومما لاحظناه في تعريف العلامة ابن قدامه أنه جعل التعدي بمعنى التفريط ، وهو ضرب من تجاوز الحد كما هو معلوم وواضح. "إثبات اليد العادية (العدوان)، وتفويت اليد المحقة أو قصرها"[٥].

وهذا التجاوز عبر عنه ابن جزي[٦] في قوله : " فإن قصد أن يفعل الجائز فأخطأ ففعل غيره ، أو جاوز فيه الحد أو قصر فيه فتولد منه تلف ، يضمنه "[٧]

مما سبق يظهر لنا من هذه التعريفات للفقهاء ــ رحمهم الله ــ من المالكية والشافعية والحنفية والحنابلة لمصطلح التعدي أو الاعتداء ، يتبن لنا أن جمهورهم استعملوا كلمة التعدي للتعبير عن كل عمل غير مباح ، ولا مأذون فيه من رب الشيء.

لذا نجد الفقهاء المعاصرين والباحثين في علوم الفقه الإسلامي ، قد وضعوا تعريفات متعددة للتعدي تصب في هذا المعنى :
١ ــ تعريف الشيخ علي الخفيف ــ رحمه الله تعالى ــ :" ضمان المعتدى على مال غيره إذا أتلفه أو عيبه ، إذ تشتغل ذمته إما بقيمته ، وإما بقيمة نقصه "[٨].

---

[١] ـ الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ٣ / ٤٥٩ .
[٢] ـ الشربيني ، مغني المحتاج ،٤ / ١٠١.
[٣] ـ ابن قدامه : هو عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي الدمشقي الحنبلي ، فقيه من أكابر فقهاء الحنابلة له تصانيف كثيرة منها (المغني) شرح به مختصر الخرقي في الفقه ، وله كتاب في الأصول (روضة النظر) ، ولد في جماعيل من قرى نابلس بفلسطين ، تعلم في دمشق و رحل إلى بغداد سنة ٥٦١هـ ، وعاد إلى دمشق وتوفي فيها عام ٦٢٠هـ (انظر : الزركلي ، الأعلام ، ٤ / ٦٧).
[٤] ـ ابن قدامه ، المغني ،٥/ ١٧٧ .
[٥] ـ الزنجاني ، شهاب الدين محمود بن أحمد ، تخريج الفروع على الأصول ، تحقيق محمد أديب صالح ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، الطبعة ٥ ،١٤٠٧هـ / ١٩٨٧ م ، ص ٢٢٢).
[٦] ـ ابن جزي ، هو محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ، فقيه مالكي من أهل غر ناطة ، من كتبه "القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية " ، توفي سنة ٧٤١هـ (انظر: الزركلي ، الأعلام ، ٥ /٣٢٥) .
[٧] ـ ابن جزي ، أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة ٢ ، ص ٣٣٠.
[٨] ـ الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ٦ .

٢ ـ وعرف الدكتور محمد فوزي فيض الله التعدي ، فقال :" التعدي هو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا"[١].

٣ ـ وعرف الدكتور وهبة الزحيلي :" هو انحراف عن السلوك المألوف للرجل المعتاد أو أنه العمل الضار بدون حق أو جواز شرعي"[٢].

٤ ـ وتعريف الأستاذ صبحي المحمصاني بقوله :" التعدي هو العمل بدون حق أو جواز شرعي ، أو هو مجاوزة في حق الغير"[٣].

٥ ـ ونقل الدكتور الزحيلي تعريفا آخر للدكتور محمد فوزي فيض الله : "هو مجاوزة ما ينبغي أن يقتصر عليه شرعا أو عرفا أو عادة[٤].

وخلاصة هذا التعريفات : أن القول بالتعدي هو تجاوز الحد المأذون فيه شرعا أو عرفا ، وهو ما أقصده في بحثنا هذا لكلمة التعدي أو الاعتداء .

ـ معيار التعدي :

معيار التعدي عند علماء الشريعة هو في الغالب ينظر إليه (أي الاعتداء) على أنه واقعة مادية محضة ، يترتب عليها مسؤولية تعويض المتضرر كلما حدثت ، وهذا بقطع النظر عن أهلية الشخص المعتدي ، هل قصد وتعمد ؟ أم لم يقصد ولم يتعمد ؟

فالأمر في ضمان الأموال في نظر الشريعة لا فرق بين العمد والخطأ ، ولا بين الكبير والصغير[٥].

وكذلك لا يختلف حكم الضمان بالتعدي ، سواء :
أكان أمرا إيجابيا مثل الإحراق والإغراق والإتلاف ، أم أمرا سلبيا كترك حفظ الوديعة فإنه في جميع الأحوال موجب للضمان ، ومثال ذلك :
من رأى إنسانا يسرق الوديعة وهو قادر على منعه ، ضمن المال ، لترك الحفظ الملتزم بالعقد ، ومن امتنع عن بذل الطعام للمضطر إليه ، أو عن تقديمه لسجين حتى مات ، كان ذلك إعانة على القتل ومسببا للهلاك المستوجب للضمان[٦].

---

(١) ـ فيض الله ، نظرية الضمان ، ٩٢ .
(٢) ـ الزحيلي ، نظرية الضمان ، ١٨ .
(٣) ـ المحمصاني ، صبحي ، النظرية العامة للموجبات والعقود ،مكتبة الكشاف ، بيروت ن لبنان ، الطبعة الأولى ، ١ / ١٧٣.
(٤) ـ فيض الله ، فصول من الفقه الإسلامي العام ،ص ٥٤ .
(٥) ـ ابن رشد ، بداية المجتهد ، ٧٨٠.
(٦) ـ الزحيلي ، نظرية الضمان ، ١٩.

ولا فرق أيضا بين أن يكون التعدي حاصلا مباشرة أو تسببا ، مثل قطع أشجار الغير بدون حق ، وحفر بئر في الطريق العام بدون ترخيص من السلطة المختصة (انظر: مجلة الأحكام العدلية : ٩٢٥ ، ٩٢٦ ، ٩٢٧ ، ٩٢٨)[١].

وذكر الشيخ عبد الرحمن السعدي مثالا على ذلك :" لو وضع حجرا في الطريق ، أو حفر بئرا فيه ، ثم أتلف به إنسان أو حيوان ؟ فإن كان الحفر ونحوه مأذونا له فيه بأن كان نفعا للمسلمين ، لم يضمن ما تلف به ، وإن كان متعديا فيه ضمن" [٢].

فمعيار التعدي عند العلماء[٣] من خلال نصوصهم الفقهية : أن ما اعتاد عليه الناس ، وجرى عرفهم عليه ، وما اعتادوا عليه في حياتهم ، فإذا كان سلوك الشخص أو فعله مخالفا للسلوك المعتاد للناس ، كان ذلك متعديا ، أما إذا كان هذا السلوك أو الفعل معتادا ، أي موافقا لسلوك الناس وعاداتهم وأعرافهم ، فلا يعتبر ذلك تعديا ، فهذا هو المعيار الذي يقاس به التعدي.

---

(١) ـ مجلة الأحكام العدلية ، المكتبة القانونية ، مكتبة دار الثقافة ، عمان ، الطبعة ١ ، ١٩٩٩ م ، ص ١٠٦، ١٠٧.

(٢) ـ السعدي ، عبد الرحمن بن ناصر ، رسالة في القواعد الفقهية ، تحقيق أبو محمد أشرف بن عبد المقصود، مكتبة أضواء السلف ، الرياض ، الطبعة١ ، ١٤١٩هـ/١٩٩٨ م ، ص ٨٣ .

(٣) ـ الشربيني ، مغني المحتاج ،٤ / ١٠١ . ابن قدامه ، المغني ،٥ /١٧٧ ، الكاساني ، البدائع ،٧ /١٦٧ ،الدسوقي ، حاشية الدسوقي ،٣ /٤٥٩ .

الركن الثاني
الضرر

يعتبر الضرر الركن الثاني الموجب للضمان بعد الركن الأول وهو التعدي ، وهو العلة[١] المؤثرة في وجوب الضمان ، بحيث لا يحكم بالضمان ما لم يتحقق الضرر الموجب للضمان ، ومتى انتفى الضرر انتفى تبعا له الحكم بالضمان.

١ ــ الضرر لغة :

الضرر هو ضد النفع ، والمضرة خلاف المنفعة .
يقال : ضرّه يضره ضرّا ، وضرّ به ، إذا أصابه الضرر.
وقيل الضرر: هو النقصان الذي يدخل في الشيء[٢]

٢ ــ الضرر في الاصطلاح الشرعي

أ ــ جاء في القرآن الكريم كلمة الضرر عند قوله تعالى :
" لا يستوي القاعدون من المؤمنين غير أولي الضّرر والمجاهدون في سبيل الله بأموالهم وأنفسهم فضّل الله المجاهدين بأموالهم و أنفسهم على القاعدين درجة وكلا و عد الله الحسنى وكان الله غفورا رحيما"[٣].

قال بعض علماء التفسير[٤]: " إن المقصود بالضرر في الآية هو كل ما يمنع صاحبه من الجهاد ، وذلك كالمرض والعمى والعرج وغير ذلك من الأعذار المبيحة لترك الجهاد".

قال القرطبي[٥] ــ رحمه الله تعالى ــ في الجامع لأحكام القرآن : قال العلماء أن " أولي الضرر " هم أهل الأعذار ، إذ قد أضرت بهم حتى منعتهم الجهاد " [٦].

---

[١] ـ العلة : هي مناط الحكم حيث يلزم من وجودها وجود المعلول ، ويلزم من عدمها عدمه في الشرعيات ، أوهي ما شرع الحكم عنده تحصيلا للمصلحة (انظر : ابن قدامه عبد الله بن أحمد المقدسي ، روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، لبنان ، الطبعة ١ ، ١٤٠١هـ / ١٩٨١ م ، ١ / ٥٧ .

[٢] ـ ابن منظور، لسان العرب ، مادة ضرر ، ٤ / ٤٨٢ ، ٤٨٣ .

[٣] ـ سورة النساء ، الآية ٩٥ .

[٤] ـ انظر : القرطبي ، الجامع لأحكا م القرآن ، ٥/ ٣٤٢ ، ٣٤٣ ، الشوكاني ، محمد بن علي ، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير ، دار الفكر ، بيروت ، ٢ / ٢٤٦ ، الطبري ، محمد بن جرير ، جامع البيان عن تأويل القرآن ، دار الفكر ، بيروت ، ١٤٠٥هـ ، ٥ / ٢٣١ .

[٥] ـ القرطبي : هو أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر ابن فرج الأنصاري الخز رجي المالكي ، مصنف التفسير المشهور المسمى الجامع لأحكام القرآن ، توفي سنة ٦٧١هـ (انظر : الأدنري ، أحمد بن محمد ، طبقات المفسرين ، تحقيق سليمان بن صالح الحزي ، مكتبة العلوم والحكم ، المدينة المنورة ، الطبعة ١ ، ١٩٩٧ م ، ١ / ٢٤٦) .

[٦] ـ القرطبي ، الجامع لأحكام القرآن ، ٥ / ٣٤٢ .

ب ــ وردت في السنة النبوية الشريفة أيضا كلمة الضرر ، في قول الحبيب المصطفى صلوات ربي وسلامه عليه : " لا ضرر ولا ضرار "[١].

قال الإمام الصنعاني[٢] ــ رحمه الله ــ:

" المراد من الضرر في الحديث : هو أن لا يضر الرجل أخاه فينقصه شيئا من حقه ، وأما الضرار فهو من الضرر على وزن فعال أي لا يجازيه بإضرار بإدخال الضرر عليه ، فالضرر ابتداء الفعل ، والضرار الجزاء عليه"[٣].

جـ ــ وفي كتب الفقه الإسلامي نجد الفقهاء[٤] ــ رحمهم الله تعالى ــ استعملوا كلمة الضرر من أجل التعبير عن كل مفسدة أو فوات منفعة قد تلحق بالغير.

أما الفقهاء المعاصرون فقد أعطوا لمفهوم الضرر معنى أدق وأشمل:

جاء في المدخل الفقهي العام لمصطفى الزرقا :

"الضررهو إلحاق مفسدة بالغير ، والضرار مقابلة الضرر بالضرر ،........ وهذه القاعدة من أركان الشريعة ، وهي أساس لمنع الفعل الضار و ترتيب نتائجه في التعويض المالي والعقوبة ، كما أنها سند لمبدأ الاستصلاح في جلب المصالح ودرء المفاسد ، ... ويشمل الضرر الخاص والعام ..."[٥].

في حين رأى الشيخ علي الخفيف ــ رحمه الله ــ أن :

" المراد بالضرر كل أذى يصيب الإنسان فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء أكانت ناتجة عن نقصها ، أم عن نقص منافعها أو عن زوال بعض أوصافها ، ونحو ذلك عن كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه من قبل حدوث ذلك الضر[٦]".

أما الدكتور الزحيلي فعرف (الضرر) بقوله :

" الضرر هو إلحاق مفسدة بالآخرين أو هو كل إيذاء يلحق الشخص سواء أكان في ماله أو جسمه أو عرضه أو عاطفته ..."[٧]..

فهو يشمل أي ضرر من أي موع كان ، سواء أكان ضررا معنويا يمس عاطفة الشخص ، أو كرامته ،أو سمعته ، أو كان ضررا ماديا كإتلاف الأموال .

---

[١] ـ الحديث سبق تخريجه ، انظر ص ١٣ من الفصل التمهيدي .

[٢] ـ الصنعاني ، هو محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني ، مجتهد من بيت الإمامة في اليمن ، أصيب بمحن كثيرة في الجهلاء والعوام ، له نحو مائة مؤلف ، من كتبه سبل السلام شرح بلوغ المرام ، توضيح الأفكار (انظر : الزركلي ، الأعلام ، ٦ / ٣٨).

[٣] ـ الصنعاني ، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد الحسني ، سبل السلام شرح بلوغ المرام ، دار الكتب العلمية ،بيروت ، لبنان ،٣ / ١٦١ .

[٤] ـ الغزالي ،محمد بن محمد بن محمد ، الوسيط في المذهب ، دار السلام ، مصر ، الطبعة ١ ، ١٤١٧هـ/١٩٩٧ م ، النووي ،أبو زكريا محي الدين بن شرف ، المجموع شرح المذهب ،دار الفكر ، بيروت ، ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ٤ / ٥ .

[٥] ـ الزرقا ، المدخل الفقهي العام ،٢ / ٩٩٠ .

[٦] ـ الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ٤٦ .

[٧] ـ الزحيلي ، نظرية الضمان ، ٢٣ ، ٢٤ .

ويرى الأستاذ محمد سراج :" بأن (أي الضرر) الأذى الذي يلحق بالشخص في المال أو البدن أو الشرف أو السمعة"[1].

وبتدقيق هذه التعريفات نجد أنها تشمل كل أنواع الضرر المادية وغير المادية التي تكون مستوجبة للضمان ، وأيضا تشمل كل أنواع الأضرار التي تستوجب العقوبة أو التعزير وهذا في الحقيقة يتفق مع مقاصد الشريعة في حفظ الكليات الخمس ، من دين ونفس وعقل وعرض ومال ــ وما يهمنا نحن في بحثنا هو المال وتعويضاته المادية ــ لأن الحفاظ عليه يعتبر من مصالح ومقاصد الشريعة الغراء .

وأرى ــ والله أعلم ــ أن الرأي الراجح ، هو ما ذهب إليه الدكتور الزحيلي ، في تحديد معنى الضرر بشكله العام ، الذي يشمل إلحاق مفسدة ، أو كل إيذاء مهما كان نوعه ماليا، أو جسميا ، أوسمعة ، أو عاطفة ،..ونحو ذلك .

(1) ـ سراج ، ضمان العدوان ، ١٥٥ .

الركن الثالث
العلاقة بين التعدي والضرر(المباشرة أو التسبب)

يعتبر هذا الركن هو الركن الثالث من أركان الضمان وهو العلاقة أو الرابطة بين التعدي والضرر ، وقد حدد الفقهاء هذه العلاقة أو الرابطة أو الصلة ــ حسب تعبيراتهم ــ بأن تكون هذه الرابطة إما على سبيل المباشرة أو السببية
لأنه لا يحكم بالضمان ما لم توجد علاقة أو رابطة أو صلة ما بين التعدي أو الضرر، هذه العلاقة هي تأثير الفعل المتعدي فيه بمحل الضرر.

وعبر عنها بعض الفقهاء هذه العلاقة بين التعدي والضرر ، بالإفضاء كالكاساني رحمه الله في بدائعه ، بقوله : " إن الإتلاف الموجب للضمان يجب أن يقع اعتداء وإضرارا ، وسواء أكان الإتلاف مباشرة بإيصال الآلة بمحل التلف أم تسببا بالفعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة "[١].

وقد فسر البعض من الفقهاء المعاصرين[٢] ، هذه العلاقة بأن يكون الضرر مرتبطا بالفعل ارتباط النتيجة بالسبب ، وذكر الأستاذ العكام مثالا على ذلك : " لو حفر شخص بئرا في الطريق العام ، ثم دفع غيره شخصا فيها فمات ، فهنا تعدّ هو الحفر دون إذن ، وضرر هو موت من وقع في البئر ، و لكن لا سببية بينهما إذ الموت سبب هو الدفع في البئر فيكون الضمان على الدافع لا على الحافر"[٣].

وبناء على هذا مما سبق يتبين لنا أنه لا يكفي لحكم على شخص ما بالضمان بمجرد فعل صدر منه ، ووقع الضرر من آخر ، بل لا بد في الأخير من أن يكون نتيجة للأول والعلاقة بين الفعل والضرر هي في الأصل تكون قائمة ، حتى يكون الفعل المعتدى فيه هو المؤثر في وجود الضرر ،أي أن الفعل أدى وأفضى إلى نتيجة.

لأن الفعل إن لم يؤد إلى ضرر مباشر ، وكان الضرر حاصلا نتيجة فعل ثان أو سبب أجنبي ، ففي هذه الحالة ينتفي الضمان عن مرتكب الفعل الأول ،بسبب أن فعله لم يؤثر ولم يلحق أي ضرر.

غير أن الفقهاء جزاهم الله خيرا عملوا على تحديد هذه العلاقة أو الرابطة ، بأن تكون إما على سبيل المباشرة أو السببية ، لأنه لا ضمان في غير المباشرة والتسبب[٤].

---

(١) ـ الكاساني ، بدائــع الصنائع ، ٦ / ١٦٥ .
(٢) ـ المحمصاني ، النظرية العامة للموجبات والعقود ، ١ / ١٨٠ ، العكام ، محمد فاروق ، الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة ، رسالة دكتوراه ، القاهرة ، مصر ، ٢٤٥ ، الزحيلي ، نظرية الضمان ، ٢٦ .
(٣) ـ العكام ، الفعل الموجب للضمان ، ٢٤٦ .
(٤) ـ الزحيلي ، نظرية الضمان ، ٢٦ .

ــ تعريف المباشرة :
هي إيجاد علة التلف أي أنه ينسب إليه التلف في العرف و العادة كالقتل و الأكل والحرق[١].
كما لو جرح شخص غيره أو ضربه فمات ، أو أحرق سيارته ، أو حبس ماله ، فكل من القتل و الإحراق والحبس ، أفعال يكون المعتدي فيها مباشرا ، لأن الفعل في كل منها اتصل بمحل الضرر وأحدث التلف[٢].

ــ تعريف التسبب :
هو إيجاد ما يحصل الهلاك عنده أي أنه لا ينسب إليه الهلاك عادة ، وإنما يكون شيئا مقصودا لتحصيل وترتيب ما ينسب إليه الهلاك ، ويقصد بالتسبب هو التوسط بين الفعل المعتدى فيه والضرر فعل آخر يفضي إلى ذلك الضرر ، و مثال ذلك من حفر بئرا فالحفر هو عمق في الأرض ، فوقع فيه شخص فمات ، فالتلف لم يحدث بحقيقة الفعل وهو الحفر ، لأن الحفر متصل بالمكان ، لا بالواقع في البئر[٣].

تعريف مجلة الأحكام العدلية : عرفت المجلة كلا من الإتلاف مباشرة وتسببا فقالت :
" الإتلاف مباشرة : هو إتلاف الشيء بالذات ، ويقال لمن فعله ، فاعل مباشر.
الإتلاف تسببا : هو التسبب لتلف شيء يعني إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة ، و يقال لفاعله : متسبب ، كما أن من قطع حبل قنديل معلق يكون سببا مفضيا لسقوطه في الأرض وانكساره ، و يكون حينئذ قد تلف الحبل مباشرة وكسر القنديل تسببا ، وكذلك إذا شق أحد ظرفا فيه سمن ، وتلف ذلك السمن : يكون قد أتلف الظرف مباشرة ، والسمن تسببا "[٤].

وعرف الدكتور الدريني ــ حفظه الله ــ التسبب بقوله :" هو إحداث أمر في شيء يفضي إلى تلف شيء آخر على جري العادة ، فالذي يحدث الضرر هو أثر الفعل المعتدي فيه ، وليس ذات الفعل وحقيقته "[٥].

---

[١] ـ الزحيلي ، نظرية الضمان ، ٢٦ .
[٢] ـ حوران ، محمد سلميان ، ضمان الضرر المالي غير المادي دراسة مقــارنة بين الفقه والقانون ،رسالة ماجستير ، كلية الشريعة ، جامعة دمشق ،١٤٢٣هـ، ٢٠٠٢ م .
[٣] ـ الزحيلي ، نظرية الضمان ، ٢٦ ، انظر : الخفيف ، الضمان في الفقه ، ٧٤ .
[٤] ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٨٨٧ ، ٨٨٨ ، ص١٠١ .
[٥] ـ الدريني ، النظريات الفقهية ، ٢١٨ .

خلاصة الكلام :
أن المباشر هو أن يحصل التلف بفعل الشخص من غير أن يتخلل بين الفعل والتلف فعل آخر خارجي . أما التسبب هو الذي يحصل التلف بفعل الشخص ، لكن تخلل بين الفعل والشخص فعل آخر .
فإذا وجدت المباشرة وحدها لزم الضمان مثل : السرقة والإحراق والإغراق ، والهدم ، والكسر ، والذبح ، والقطع ، ونحو ذلك.

وإذا وجد التسبب وحده ، وجب الضمان بالشروط التالية :
- أن يحدث تعد من فاعل السبب
- أن يقع الضرر بتعمد المتسبب[١]
- أن يؤدي السبب إلى نتيجة قطعا دون تدخل سبب آخر حسب العادة
- ألا يتخلل بين السبب والمسبب فعل شخص آخر ، وإلا نسب الفعل إليه الفعل مباشرة[٢].

---

[١] ـ المقصود من وقوع الضرر بتعمد المتسبب : أن يكون المتسبب يحدث ضررا أو إتلافا على سبيل العمد والقصد للفعل الضار .
[٢] ـ الزحيلي ، نظرية الضمان ، ٢٧ .

المبحث الثالث
مقاصد الضمان

إن كل ما شرعه الله تعالى له أحكام ومقاصد ، فالضمان لما شرع في الإسلام كان وسيلة من وسائل حفظ أموال الناس و صيانتها ، وهذا من اجل المحافظة على حقوقهم ، والبعد عن إضرارهم ، وجبرا لهم إن نقص من أموالهم شيء .

لكن موضوع المقاصد الشرعية للضمان ، لم يظفر في كتب الفقه ببحث خاص مستقل يتناول فيه جميع عناصره و شروطه وأحكامه ،ويبرز أهمية هذا البحث في إظهار مقاصد الضمان في روح الشريعة الإسلامية الغراء .

وإنما جاء ذكره ــ حسب علمي ــ عرضا عند تبيان المسائل التي استخرجها الفقهاء ــ رحمهم الله تعالى ــ من خلال دراستهم لموضوع قواعد الضمان ، ومن ثم استخراج الكثير من الفروع الفقهية ،والبحث فيها ،وإعطاء حلول لمسائل حديثة عصرية.

وقديما نبه علماء الفقه وأصوله إلى هذا العلم العظيم ، علم مقاصد الشريعة ، ومن هؤلاء العلماء الأفذاذ ،الإمام الجويني ،وحجة الإسلام أبي حامد الغزالي، وشيخ الإسلام ابن تيمية وتلميذه الشهير بابن القيم ــ رحمهم الله تعالى أجمعين ــ

لكن كان الشرف الأكبر في تدوين هذا العلم العظيم ، وتناوله كنظرية مستقلة ،هو العلامة الإمام الشاطبي (ت٧٩٠هــ) ــ رحمه الله ــ في كتابه القيم والمعنون بـــ"الموافقات في أصول الشريعة ".

وحين جاء العلماء المعاصرون ــ جزاهم الله كل خير ــ حددوا معنى مقاصد الشريعة وبيانها وتوضيحها بشكل أكثر وضوحا وتفصيلا وجلاء ، وظهر لي أن أقدم بعض تعريفات أهل العلم المعاصرين لهذا العلم العظيم ، من أجل الفائدة :

المطلب الأول
تعريف مقاصد الشريعة

١ ــ عرف العلامة محمد الطاهر بن عاشور مقاصد الشريعة ، بأنها :
"المعاني والحكم الملحوظة للشارع في جميع أحوال التشريع أو معظمها ، بحيث لا تختص ملاحظاتها بالكون في نوع خاص من أحكام الشريعة ، فيدخل في هذا أوصاف الشريعة ، و غايتها العامة ، التي لا يخلو التشريع عن ملاحظتها ، و يدخل في هذا أيضا معان من الحكم ليست ملحوظة في سائر أنواع الأحكام ،ة ولكنها ملحوظة في أنواع كثيرة منها "[١] .

٢ ــ وعرفها الفاسي بقوله :" أنها الغاية منها (أي من الشريعة) والأسرار التي وضعها الشارع عند كل حكم من أحكامها"[٢] .

---

[١] ـ ابن عاشور ، محمد الطاهر ، مقاصد الشريعة ، الشركة التونسية ، ١٩٧٨ م ، ص ٥١.
[٢] ـ الفاسي ، علال ، مقاصد الشريعة الإسلامية ، مكتبة الوحدة ، الدار البيضاء ، المغرب ، ص ٣ .

٣ ــ وعرفها الدكتور محمد عثمان شبير بقوله أنها : " قضية كلية تعبر عن إرادة الشارع من تشريع الأحكام وتستفاد عن طريق الاستقراء للأحكام الشرعية "[١] .

٤ ــ وعرفها الدكتور عبد الرحمن الكيلاني ،بقوله: " المعاني الغائية التي اتجهت إرادة الشارع إلى تحقيقها عن طريق أحكامه"[٢].
٥ ــ وعرفها الدكتور مسعود بن موسى فلوسي بقوله :" هي ومعالم منارات تضبط عملية الاجتهاد ، وتبحث عن أسرار التشريع ومقاصد الأحكام..."[٣].

المطلب الثاني
أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف بين الضمان والعقوبة[٤]:

من خلال هذه التعاريف للعلماء المعاصرين لعلم مقاصد الشريعة:
رأيت من اللائق في هذا المبحث الهام في إظهار مقاصد الضمان الشرعية ، ومحاولة بيانها وتوضيحها ، أن أقيم مقارنة بين تشريع الضمان وتشريع العقوبة بإظهار أوجه الاتفاق وأوجه الاختلاف بينهما فيما يأتي :

الضمان والعقوبة يتفقان في ما يأتي :
١ ــ أن السبب الموجب لهما في الضمان والعقوبة هو التعدي ، وذلك بمخالفة أحكام الشارع الملزمة في السلوك ، وارتكاب المحظورات الشرعية التي نهى الله عز وجل عنها وتوعد على فعلها بالمجازاة والمؤاخذة والمساءلة ،لقوله تعالى " **فمن يعمل مثقال ذرة خيرًا يره ومن يعمل مثقال ذرة شرًا يره**"[٥].

٢ ــ ويتفق الضمان والعقوبة في القصد إلى الحث على عدم التعدي ، وذلك بزجر المتعدي ورفع أثر عدوانه ، وتحميله الضرر الناشئ عن فعله.

ويختلف الضمان والعقوبة فيما بينهما بما يأتي :
١ ــ أن العقوبات شرعت من أجل زجر الجناة والمجرمين ، لأجل ما ارتكبوه من محظورات شرعية ، كانت في الأصل أن الله تعالى زجر عن فعلها وتوعد ، فشرع لها حدودا أو قصاصا أو تعزيرا ..... في حين أن الضمان قد شرع من أجل جبر الضرر الناشئ عن التعدي ، حتى ولو أفاد الزجر.

وبهذا فإن الأفعال التي تستوجب الضمان ليست في حقيقتها محددة مثل تحديد الأفعال الموجبة لأي عقوبة شرعية حددها الله عز وجل.

---
[١] - شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣١ .
[٢] - الكيلاني ، عبد الرحمن ، قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي ، رسالة دكتوراه مقدمة إلى الجامعة الأردنية ١٩٩٦م ، ص ٣٢ .
[٣] - فلوسي ، مسعود بن موسى ، القواعد الأصولية تحديد وتأصيل ، مكتبة وهبة ، القاهرة ، مصر ، الطبعة ١ ، ١٤٢٤هـ / ٢٠٠٣ م، ص ٢٩ .
[٤] - سراج ، ضمان العدوان ، ٦٧ وما بعدها بتصرف.
[٥] - سورة الزلزلة ، الآية ٨.

٢ ـ أن الفعل الذي يستوجب الضمان قد يكون في حقيقته ليس بجريمة ، ولهذا لا يشترط في الضمان توفر النية أو القصد إلى إيقاع ذلك الفعل .

وبالتالي يترتب على هذا الحكم الشرعي ،الحكم بالضمان على الصغير والمعتوه والمجنون والمخطئ ، وكذا الناسي والنائم والمهمل،...... وغيرهم ممن لا يقصدون أصلا إيقاع فعل موجب للضمان أو إحداث ضرر.

في حين أن الجريمة لا تنشئ إلا بقيام ركنها المعنوي ، وهو القصد إلى الفعل ، بدءا من اتجاه النية والقصد والإرادة والعزم إلى إحداث ذلك الفعل المحظور شرعا.

٣ ـ أن طبيعة الحق المعتدى عليه في الضمان هي مختلفة عنه في الجريمة .
بحيث أن العدوان الموجب للضمان يتجه إلى حقوق الأفراد ،أو ما يسمى بحقوق العباد في اصطلاح الفقهاء ،وذلك مثلا برد المثل أو القيمة ، في حين أن العدوان في الجريمة يتجه في طبيعة الحق إلى أنه حق من حقوق الله عز وجل[1].

٤ ـ أن الضمان عندما يتعلق بالفعل الموجب للضمان لأي شخص ما ، فإن الحق الذي هو مرتبط بحقوق العباد ، فلا يصح ولا يحق لإمام المسلمين أو القاضي بالعفو عن المعتدي. في حين أن الشريعة الإسلامية أعطت هذا الحق للقاضي والإمام بالنسبة لجرائم التعزير بحسب ما يراه القاضي من ملابسات القضية التي تستلزم التعزير أو العفو.

٥ ـ أن رفع الدعوى في الضمان هي من حق المتضرر ، بخلاف الدعوى الجنائية التي يحق لكل مسلم تحريكها ورفعها إلا في دعوى القذف ، فإن المقذوف او ورثته هم الذين يحق لهم رفع الدعوى فيه[2].

فقد ذكر العلماء الأجلاء: القرافي في فروقه ، والعز ابن عبد السلام في قواعد الأحكام وبسطوا الكلام في هذه الفروق ،للمقارنة بين الزواجر والجوابر:
فقرروا أن الجوابر تقع في الأموال والنفوس والأعضاء والجروح والمنافع .
بخلاف الزواجر فإنها تقع في الجنايات والمخالفات.

فما رتبه الشارع على النفوس والأعضاء والجروح من ديات أو كفارات ... فهي جوابر ، وما رتبه الشارع من قصاص أو ضرب أو سجن أو تأديب .....فهي زواجر.

---

(١) ـ المراد بحق الله تعالى هو كل حق يتعلق به سبحانه ، بحيث لا يختص به أحد ، وهذا الحق ينسب إلى ذات الله عز وجل تعظيما ، حتى لا يختص به أحد من الظلمة الحاكمين ،أو من أحد من الجبابرة أو الطغاة المستكبرين في الأرض ، مثال ذلك حرمة البيت العتيق ، وحرمة الزنا ، وحرمة الربا ، وحرمة القتل .....الخ .
أما المراد بحق العبد فهو كل ما يتعلق بالعبد ومصالحه الخاصة به ، ومثال ذلك حرمة مال الغير ، فإنه حق العبد ، فلهذا يباح مال الغير في حالة إذا أباح المالك (رب المال) ، ولكن لا يباح الزنا بإباحتها وإباحة أهلها ، ونفس الكلام بالنسبة للخمر وحرمتها ، حتى ولو أباحتها بعض بلاد المسلمين للأسف الشديد ، مثل ما يحصل الآن في الغرب من تشريع الزواج المثلي ، وتشريع قانون الإجهاض ، واتخاذ الخليلات...... فليست الحرمة والحلّ مرتبطة بالناس وهواهم ، وإنما الحرام والحلال مرتبط بما شرعه الله وحده ، فالحرام يبقى حراما إلى يوم القيامة ، والحلال يبقى حلالا إلى يوم القيامة.

(٢) ـ انظر ، سراج ، ضمان العدوان ، ص ٦٨ ،٦٩.

وبذلك يكون الفقه الإسلامي قد سبق القوانين الغربية إلى صياغة التفريق بين العقوبات والضمانات ، و أن هذه القوانين أخذت بما قرره الفقه الإسلامي في هذا التفريق الذي يخالف بين المسؤولية المدنية والجنائية في نوع الجزاء وقصد الشارع منه .
وأن هذه القوانين الغربية لم تعرف الفصل بين المسؤوليتين ، إلا على مشارف العصر الحديث ، وأن هذا الفصل هو الذي أقدرها على تطوير مباحث المسؤولية المدنية [١].

---

[١] ـ سراج ، ضمان العدوان ، ص ٧٠ ، ٧١ بتصرف ، الأحمد ، ضمان العقد في الفقه الإسلامي ، ٢٣ .

الفصل الثاني
القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان

تكمن أهمية دراسة القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان في أنه من الأمور التي تعترض حياة الناس كثيرا ، فالمسلم يحتاج في حياته إلى الاعتماد عليها كثيرا في ضبط الأحكام المختلفة التي تتعلق بالضمان ، بسبب حوادث التعدي وإلحاق الضرر بالغير في أملاكه وأمواله ، أو الأخطاء المتكررة يوميا في حياة الناس خاصة المشاكل المالية وقضية التعويضات المالية عن كل الأضرار الناجمة بالتعدي أو الخطأ .
ناهيك أن هذه المشاكل و النزاعات بين الناس تشغل جانبا كبيرا في المحاكم والقضاء من دعاوى وقضايا في كل حين وآن .
و بالتالي سوف يكون هذا الفصل مركزا على شرح القاعدة الفقهية ، و بيان معناها، ثم بيان كيفية احتجاج الفقهاء بهذه القواعد ، و كذا الألفاظ الدالة على القاعدة الفقهية في الكتب الفقهية باختلاف كلماتها وعباراتها.
وسوف أذكر تطبيقات على هذه القواعد خاصة التطبيقات العصرية إضافة إلى بعض التطبيقات الفقهية الواردة في كتب التراث القديمة .

القاعدة الأولى
"إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر"[١]

أولا
معنى القاعدة

نبدأ أولا بتعريف معنى " المباشر " ومعنى " المتسبب "

ــ معنى المباشر :هو الذي حصل التلف أو الضرر بفعله بلا واسطة ، أي دون أن يكون هناك شخص أخر تدخل بفعله[٢].

ــ معنى المتسبب : هو الذي لم يحصل التلف منه مباشرة وفعلا ، بل كان فعله هو السبب المفضي إلى التلف[٣].
أي أن المتسبب يكون بينه وبين محل الفعل ، فاعل مختار.

والمعنى الإجمالي للقاعدة :
أنه إذا اجتمع على إتلاف الشيء شخصان ، أحدهما كان هو المباشر للفعل الضار ، وهو الذي به يحصل الضرر أو التلف بفعله هو ، من غير أن يتخلل بين الشخص المباشر و فعله أيّ فعل لفاعل آخر مختار ، ففي هذه الحالة يكون الشخص المباشر هو المسؤول عن الضمان ، لأن المباشر هو في الحقيقة يعتبر هو العلة الظاهرة في الضرر في الواقع.

وعلى هذا فإذا اجتمع المباشر والمتسبب ، كان الضمان على المباشر ، لأن السبب وحده لا ينفرد بالتلف أو الضرر إذا ترك وحده دون مباشر ، فلهذا كان المباشر أقرب إلى الحكم منه إلى المتسبب ، فالمباشر هنا مقدّم على المتسبب كالعلة وعلة العلة ، فالحكم يضاف طبعا إلى العلة المباشرة ، لا إلى علة العلة[٤].

وعليه ففي جميع الأحوال التي يتم فيها اجتماع المباشر و المتسبب ، فإن الضمان يكون على المباشر ، إلا إذا كان تأثير المتسبب أقوى من تأثير المباشر ، ففي هذه الحالة يكون الحكم بالضمان على المتسبب كالمكرَه[٥].

---

[١] ـ مجلة الاحكام العدلية ، المادة ٩٠ .

[٢] ـ انظر : الزحيلي ، محمد ، القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي ، مجلس النشر العلمي ، لجنة التأليف والتعبير والنشر ، جامعة الكويت ، الطبعة ١ ، ١٤٢٠ هـ / ١٩٩٩ م . ص ٤٢٣ ، الزحيلي ، نظرية الضمان ، (ص ١٨٨ ـ ١٨٩) .

[٣] ـ الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٢٣ .

[٤] ـ الحاج خليل ، أحمد محمد ، القواعد الفقهية المتعلقة بالمباشرة و التسبب و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي ، رسالة ماجستير، قدمت في كلية الشريعة بالجامعة الأردنية ، كانون الثاني ٢٠٠٥ م ، ص ١٢٤. انظر : الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٢٣ . انظر : الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ١٨٩ .ـ

[٥] ـ عثمان ، محمد تقي الدين ، بحوث في قضايا فقهية معاصرة ، دار القلم ، دمشق الطبعة الأولى ، ١٤١٩هـ / ١٩٩٨ م، ص(٣٠٥ ـ ٣٠٦ ـ ٣٠٧ ـ ٣٠٨) . الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٤٧ . الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٢٣ .

ثانيا
مصدر هذه القاعدة وألفاظها عند الفقهاء

هذه القاعدة الفقهية الهامة في موضوع الضمان هي من القواعد التي هي محل اتفاق عند جمهور الفقهاء في المذاهب الأربعة ، وغيرها من المذاهب الأخرى ، والتي احتجوا بها في كتبهم.
وقد وردت هذه القاعدة في كتب التراث الفقهية بعبارات مختلفة ، وإن كانت تبدو في دلالتها واحدة ، وسوف أذكر مصدر هذه القاعدة(*) وتعريفها عند الفقهاء كما يلي :

١ ــ القاعدة في المذهب الحنفي :
أورد العلامة ابن نجيم الحنفي في كتابه " الأشباه والنظائر" هذه القاعدة الفقهية ما نصه :
" إذا اجتمع المباشر والمتسبب ، أضيف الحكم إلى المباشر"[١].
ومما يدل على احتجاج الحنفية بهذه القاعدة ، ما جاء في كتاب " المبسوط " للعلامة السرخسي ــ رحمه الله تعالى ــ بقوله : " ..... ومعلوم أن المباشر والمتسبب إذا اجتمعا في الإتلاف ، فالضمان على المباشر دون المتسبب "

٢ ــ القاعدة في مذهب المالكية :
فقد جاءت هذه القاعدة عند المالكية في كتاب " الفروق " للعلامة القرافي المالكي بقوله: " إذا اجتمع من أسباب الضمان سبب كالمباشرة و التسبب من جهتين غلبت المباشرة على التسبب "[٢].
ومما يدل على أن المالكية احتجوا بهذه القاعدة الهامة في الضمان ، ما أورده صاحب التاج و الإكليل بقوله : " يجب الضمان على من حفر بئرا في محل عدوانًا ، فتردّت فيه بهيمة أو إنسان ، فإن رادّه غيره فعلى المَردِي تقديما للمباشرة على التسبب "[٣].
و ممّن ذهب إلى هذا الرأي من المالكية ابن رشد : " وأما الموجب للضمان فهو إما المباشرة لأخذ المال المغصوب أو لإتلافه ، وإما المباشرة للسبب المتلف "[٤].

٣ ــ القاعدة في مذهب الشافعية :
و هذه القاعدة أوردها العلامة السيوطي في كتابه " الأشباه والنظائر" ، فقال رحمه الله : " إذا اجتمع السبب أو الغرور(*) والمباشرة ، قدمت المباشرة "[٥].
و قال العلامة الزركشي في كتابه " المنثور في القواعد" : ".....إن ضمان الإتلاف يتعلق الحكم فيه بالمباشرة دون السبب في الأظهر"[٦].

(*) ـ أقصد بمصدر هذه القاعدة : هو وجود القاعدة أو معناها ، والكيفية التي وردت في كتب الفقه عند المذاهب ، وكيفية الاستدلال بها ، ومدى دلالتها على القاعدة .
[١] ـ ابن نجيم ، الأشباه و النظائر ، ١٩٠ .
[٢] ـ الفروق ، القرافي ، ٢ / ٢٠٨ .
[٣] ـ المواق ، أبي عبد الله محمد بن يوسف (ت ٨٩٧ هـ) ، التاج والإكليل لمختصر خليل بحاشية مواهب الجليل للحطاب ، تحقيق الشيخ زكريا عميرات ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة ١ ، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥ م ، ج ٧ / ٣١٤.
[٤] ـ ابن رشد ، بداية المجتهد و نهاية المقتصد ، ص ٦٩٩ .
(*) ـ هكذا ورد اللفظ في كتاب الأشباه والنظائر للسيوطي ـ رحمه الله تعالى ـ ، ويراه بها الإفضاء .
[٥] ـ السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ٢٠٦ .
[٦] ـ الزركشي ، المنثور في القواعد ،ج ٢ / ٧٣ .

٤ ــ القاعدة في مذهب الحنابلة :
هذه القاعدة الفقهية ذكرها ابن رجب الحنبليفي كتابه : " القواعد " ، حيث أشار إليها في القاعدة السابعة و العشرين بعد المائة : " إذا استند إتلاف أموال الآدميين ونفوسهم إلى مباشرة وسبب ، تعلق الضمان بالمباشرة دون السبب "[١].

و من الأمثلة التي وردَت وفق هذه القاعدة ، ما جاء في كتاب " المغني " لابن قدامه :
"........و متى اجتمع المباشر والمتسبب ، كان الضمان على المباشر دون المتسبب ، كالحافر مع الدافع "[٢].
وهذا كمن حفر بئرا في طريق عام مثلا ، فجاء شخص آخر فدفع رجلا إلى داخل البئر ، فلحقه ضرر ، فالضمان على الدافع للبئر ، وليس الحافر للبئر.

٥ ــ القاعدة عند الشيعة الإمامية :
أوردَ السيد علي عبد الحكيم الصافي[٣] ، في كتابه " الضمان في الفقه الإسلامي أسبابه و مجالاته " هذه القاعدة الفقهية ، قوله : " إذا اجتمع المباشر و المتسبب ، وكان المباشر أقوى أضيف الحكم إليه "[٤].
ومن المسائل التي جاءت على هذه القاعدة ، قوله : لو تعدى زيد فحفرَ بئرا في ملك غيره ، وجاء عمرو فدفع خالداً فيه ، فضمان ما يجنيه الدفع على الدافع "[٥].

٦ ــ القاعدة في مذهب الإباضية:
أورد علماء الإباضية أيضا هذه القاعدة الفقهية في كتبهم ، وقد أشار إليها صاحب كتاب " النيل و شفاء العليل " للشيخ عبد العزيز الثميني[٦](١١٣٠ ــ١٢٢٣هــ) بقوله : " إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر "[٧].
و جاء بمثال على هذه القاعدة : لو حفر رجل بئرا في الطريق العام و ألقى أحد حيوان شخص في تلك البئر ضمن الذي ألقى الحيوان ولا شيء على حافر البئر[٨].

ولدينا تعليق جدير أن أذكره هنا ، وهو أن فقهاء المذاهب الإسلامية في تعليقهم وتعبيرهم على هذه القاعدة المشهورة ، هو محل اتفاق وإن اختلفت بعض عباراتهم وألفاظهم ، وهذا يمكن أن يعد بمثابة الإجماع على الأخذ بهذه القاعدة التي ذكرها الفقهاء بالنص أو بالمعنى ، وذلك كلما عللوا حكما من أحكامهم ، وكأنها من المسلمات في الفقه ، ويلاحظ ذلك من خلال الأمثلة التطبيقية والمسائل المعاصرة التي خرجت على هذه القاعدة.

---

(١) ـ ابن رجب ، القواعد ، ص ٢٨٤ .
(٢) ـ ابن قدامه ، المغني ، ج ٨ / ٢٧١ .
(٣) ـ من علماء شيعة العراق المعاصرين .
(٤) ـ علي الصافي ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ص ١٣٥ .
(٥) ـ المصدر نفسه ، ص ١٣٥ .
(٦) ـ من علماء الإباضية ، ويعتبر كتابه " النيل وشفاء العليل " ، وشارحه " شرح النيل وشفاء العليل " للشيخ محمد بن يوسف اطفيش ، من الكتب المعتمدة في فقه المذهب الإباضي .
(٧) ـ الثميني ، النيل وشفاء العليل ، ج ٣ / ١١٠٨ .
(٨) ـ المصدر نفسه ، ج ٣ / ١١٠٨.

ثالثا
أمثلة تطبيقية على هذه القاعدة

الفرع الأول : الأمثلة التطبيقية على هذه القاعدة :

أ ـ لو حفرَ رجل بئرًا في الطريق العام بلا إذن وليّ الأمر ، فألقى أحد حيوان شخص في تلك البئر ، ضمن الذي ألقى الحيوان ، لأنه العلة المؤثرة ولم يتخلل بين فعله والتلف فعل فاعل مختار ، دون حافر البئر[1].

ب ـ لو دفع شخص سكينًا إلى صبيّ مميز ليمسكها له ، فقتل الصبي بها نفسه ، فلا ضمان على الدافع المتسبب [*]، لأنه تخلل بين فعله و التلف فعل فاعل مختار وهو الصبي ، لأنه ضرب نفسه باختياره ، فلو لم يحصل التلف باختياره بأن وقعت السكين من يد الصبي فجرحته ، كان الضمان على الدافع[2].

جـ ـ لو أكل صاحب الطعام طعامه المغصوب جاهلا به ، فلا ضمان على الغاصب في الأظهر ، وكذا لو قدمه الغاصب للمالك على أنه ضيافة فأكله ، فإن الغاصب يبرأ[3].

فالضمان في هذه الأمثلة: على من ألقى الحيوان في البئر ،لأنه المباشر للفعل، لا على الحافر لأنه كان السبب وفقا لهذه القاعدة.
أما الصبي المميز الذي قتل نفسه بسكين دفعت له من شخص ، فلا ضمان على الدافع لأنه كان هو المتسبب وليس المباشروهو الصبي الذي اختار فعل تلف نفسه.
أما صاحب الطعام المغصوب لو أكله على سبيل الجهل به ، أو الضيافة ، فلا ضمان على الغاصب ،لأنه لم يلحق تلف ولا ضياع للطعام.

الفرع الثاني : بعض المسائل العصرية وتطبيقاتها على القاعدة :

أ ـ دلّ رجلٌ آخرَ على بنكٍ من البنوك يصدر بطاقات ائتمان ، فذهب إلى البنك وحصل على بطاقة ائتمان ، وقرأ نشرة الإصدار ، وما يترتب عليه من فوائدَ في حال عدم السداد ، ثم استخدم البطاقة واحتسبت عليه فوائد ، فيكون الشخص الآخر هو المسؤول ، لأنه المباشر رَغم أن الشخص الأول هو الذي دلّه على البنك [4].

---

(1) ـ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ٤٤٧ . حيدر ، درر الحكام ، ج ٢ /٦١٨ ، مادة ٩٢٥ . ابن قدامه ،المغني ، ١/ ١٧٥ ، ابن رجب ، القواعد ن ص ٢٨٤ .الشربيني ،مغني المحتاج ، ٥/ ٢٨٠.الزحيلي، نظرية الضمان ، ص ١٨٩ ـ ١٩٠.

(*) ـ عندي تحفظ على المثالين السابقين للاستدلال على القاعدة ،فما حكم تجار المخدرات الذين يروجون هذه التجارة الفاسدة العفة والمدمرة للأمة وشبابها ومقدراتها ،ليس بطريق المباشرة، بل عن طريق الوكلاء و الوساطات..؟؟!! .

(2) ـ الحموي ، غمز عيون البصائر ، ص٣٢٧ . الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٤٨ . ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، (ص ٤٢٤ ـ ٤٢٥) ، الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ١٩٠ .

(3) ـ السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ٢٠٦ . الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٤٢٥ .

(4) ـ كامل ، عمر عبد الله ، القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية ، دار الكتبي ، الطبعة الأولى ، ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠٠م ، ج ١ /ص ٥١٧ .

ومن الأمثلة على هذه الحالة من تضمين المتسبب دون المباشر ما يلي :
١ ــ إذا دفع شخص آخر فوقع على زجاج فانكسر ، أو وقع على شخص فقتله ، أو على مال فأتلفه ، كان الضمان على الدافع إذا حصل الضرر بقوة الدفع[١].
٣ ــ لو دلّ المودِع نفسه سارقاً على وديعة فسرقها ، فإنه يضمن لترك الحفظ ، إلا إذا منعه حين الأخذ فأخذها كرهاً فلا يضمن[٢].
فهذا المودِع فرط في أول الأمر في حفظ الوديعة ، بأن دل عليها سارق ،فهنا عليه الضمان ،فإن عاد ضميره الإيماني وصحا من الغفوة والغفلة ،فمنع المودِع السارق ،فأخذها ــ فالله أعلم ــ أن المودِع يضمن لأنه فرط في حفظ الوديعة منذ البداية ، وليس كما ذكر الشيخ الزرقا والدكتور وهبة الزحيلي في أن المودع لا يضمن.
٤ ــ من غصب شاة ، وأمر قصابًا بذبحها ، وهو جاهل بالحال ، فقرار الضمان على الغاصب قطعا[٣].
٥ ــ إذا قتل الجلاد شخصا بأمر الإمام (الحاكم) ظلما، وهو جاهل ، فإن الضمان يكون على الإمام ، بخلاف ما إذا كان عالما بظلمه أو خطئه ، فالضمان عليه[٤].
لدينا تعليق على هذا المثال أن الحاكم هو الذي يتحمل تبعات الضمان لا الجلاد ، وهو ما حكم به سيدنا علي على سيدنا عمرــ رضي الله عنهما ــ حين استدعى امرأة حاملا ، فخافت فأجهضت.

ب ــ تضمين المتسبب والمباشر معا:
ففي هذه الحالة يكون الضمان على المتسبب و على المباشر معا ، و هذا إذا كان التلف الحاصل مساويًا في الضرر عند السبب وعند المباشرة ، بنفس التأثير في التلف والضرر بحيث لو انفرد واحد منهما دون الأخر لكان له نفس التأثير في حصول الضرر.

ومن الأمثلة على هذه الحالة كما يلي :
١ ــ لو اجتمع على قيادة دابة سائق وَ راكب عليها ، فإن الضمان يكون على السائق ،لأن سوق الدابة وحده يؤدي إلى التلف ، وإن لم يكن هناك شخص راكب عليها[٥].
٢ ــ إذا نخس رجل الدابة بأمر راكبها ، فوطئت إنساناً فماتَ ، فإن الضمان يكون على الاثنين ، لأن النّاخسَ بمنزلة السائق ، فإن فعلَ ذلك في مكان مأذون فيه كالطريق العام ،أو في موضع أذن فيه بالوقوف ، فنفحت برجلها إنسانا فقتلته ، فلا ضمان على أحدٍ لأنه فعل فعلا يملكه الراكب ، ولو فعله الراكب لا يضمن ما أصابت الدابة برجلها[٦].
٣ ــ إذا مشى رجل في الطريق ، فوقع على صبي ، ووقع الصبي على طفل فقتله أو على متاع فأفسده ، فإن الرجل والصبي يضمنان الدية أو قيمة المال[٧].

---
(١) ـ انظر : ابن غانم ، محمد البغدادي ، مجمع الضمانات ، دار الكتاب الإسلامي ، ص ١٤٩ .
(٢) ـ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٤٨ . الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٢٦ .
(٣) ـ الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٢٦ .
(٤) ـ المصدر نفسه ، ٤٢٧ .
(٥) ـ انظر : الزيلعي ، عثمان بن علي ، تبيين الحقائق شرح كنز الدقائق ، دار الكتاب الإسلامي ، ج ٦ / ص ١٥٠ ، الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ١٩٣ .
(٦) ـ المصدر نفسه ،ج ٦ / ص ١٥٠ .
(٧) ـ بوساق ، محمد بن المدني ، التعويض عن الضرر في الفقه الإسلامي ، الطبعة الأولى ، دار إشبيليا ، ١٤١٩هـ / ١٩٩٨ م ، ص ٨٠ .

القاعدة الثانية
" المباشر ضامن وإن لم يتعمد[1] "

أولا
معنى القاعدة

المباشر كما سبق في الذكر [2]هو الذي به يحصل الضرر بفعله دون واسطة.
الضمان أيضا سبق تعريفه لغة واصطلاحا[3].
التعمد هو صدور الفعل عن إرادة وقصد.
فالمتعدّي هو الذي يتصل فعله في غير ملكه ، بما لا مسوغ له فيه ، سواء كان نفس الفعل سائغا ، كمن رمى صيدا ، أو سقط على شيء ، أو كان غير سائغ كما لو ضرب معصوما فأصاب آخر نظيره.
ولفضيلة الدكتور وهبة الزحيلي اعتراض وجيه ـــ أوافق عليه ـــ هو: " بأن يقال في هذه القاعدة " و إن لم يتعد " إذ لا عبرة للقصد الجنائي في ضمان الأموال ،وأن الخطأ والعمد فيها سواء ، ولذا فيلزم بالتضمين من لا قصد له كالصبي والمجنون إذ لا يتصورمنهما قصد ولا عمد"[4].
وتعتبر هذه القاعدة الفقهية من أهم القواعد الفقهية في نظرية الضمان ، وقد استخلصها العلاّمة ابن نجيم المصري الحنفي ـــ رحمه الله تعالى ـــ من عبارات المتقدمين في بيان أحكام الإتلاف والجنايات[5].

معنى القاعدة:
أن المباشر لأيّ فعلٍ هو ضامن لما سوف يتلف من جراء فعله إذا كان متعديا فيه ، و أما إن لم يكن متعديًا في الإتلاف فإنه يكون أيضا ضامنًا المتلف ، لأن الخطأ هنا يرفع فقط عنه الإثم ، أي إثم مباشرة الإتلاف دون عمدٍ ،لكن لا يرفع عنه ضمان المتلفات ، وبالتالي يكون الضمان على من اتلف شيئا من مالٍ سواء أكان قاصدا أم مخطئا ، عامدا أم غير عامدٍ ، عالما أم جاهلاً ، بالغا أم غير بالغ ، وسواء أكان عاقلا أم مجنونا .
هذا في الأموال ، أما في الأنفس فيكون القصاص على القاتل العاقل المتعمد ، وإن كان مخطئا وجب الضمان المالي .
وقد نصت هذه القاعدة الفقهية على تضمين المباشر رغم عدم تعمده ،من أجل الحفاظ على مقصد من مقاصد الشريعة وهو حفظ أموال ودماء الناس من أيّ عبثٍ ، فلا تذهب بالتالي هدرًا في أي حال من الأحوال.
و لأن المباشرة علة صالحة و سبب مستقل للإتلاف فلا يصلح عدم التعمد أن يكون عذرا مسقطا للحكم ، وهو الضمان عن المباشر المتعدي[6].

---

[1] ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٩٢ .
[2] ـ انظر : صفحة ٧٢ في القاعدة الأولى "إذا اجتمع المباشر والمتسبب ،أضيف الحكم إلى المباشر" .
[3] ـ انظر : الفصل الأول من الرسالة في مبحث تعريف الضمان ص ٤٥ ـ٤٦ .
[4] ـ انظر: الزحيلي ، القواعد الفقهية ،ص ٥١٩ . الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ١٩٦.
[5] ـ الغزالي ، أحمد بخيت ، ضمان عثرات الطريق في الفقه الإسلامي و القوانين الوضعية ، مكتبة النهضة المصرية ، القاهرة الطبعة ٢، ١٤٢٢ هـ/٢٠٠٢ م،(ص١٥٩ ـ ١٦٠)، الحاج خليل، القواعد الفقهية المتعلقة بالمباشرة، ص ٧٥.
[6] ـ انظر : الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٥٣ .

ثانيا
أدلة هذه القاعدة

تعتبر هذه القاعدة الفقهية من القواعد المتفق فيها بين الفقهاء ، و من هنا يمكن لنا الاستدلال عليه بعدة أدلة :

أولا : من القرآن الكريم:

١ ــ قال الله تعالى :" **فمن اعتدى عليكم فاعتدوا عليه بمثل ما اعتدى عليكم** "[١].

هذه الآية وردت في باب الجنايات على النفس ، ووجه الاستدلال :أنه عند النظرفيها فهي تعم الجناية والاعتداء على النفس والمال معا ، لأن العبرة في الألفاظ هي العموم ، و هذا ما ذكره الجصاص في أحكام القرآن في الآية بقوله : " عموم في أن من استهلك لغيره مالاً كان عليه مثله "[٢].

٢ ــ وقال تعالى :" **وإن عاقبتم فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به** "[٣].

فالآية تدل على أن من أحدث ضررًا بغيره فإنه يكون ملزما بجبر ذلك الضرر مثلا بمثلٍ ، أو قيمة بقيمةٍ إن كان قيميا ، وذكرها ابن حزم ــ رحمه الله تعالى ــ عند استدلاله على ضمان المتلفات المالية بقوله : "... إن من أخذ شيئا من مالٍ أو غيره أو صار إليه ، فإن كان عامدا عالما بالغا مميزا فهو عاصٍ لله ، وإن كان غير عالم أو غير عامد أو غير مخاطب فلا إثم عليه ، إلا أنهما سواء في الحكم في وجوب ردّ ذلك إلى صاحبه ، أو في وجوب ضمان مثله "[٤].

فالآية الكريمة عبرت بأن العقاب يكون بالمثل لأن به يتحقق العدل ،فيرد مثله إن كان مثليا ، أو يرد قيمته عن كان قيميا.

٣ ــ و قال تعالى : " **وما كانَ لمؤمِنٍ أن يقتل مؤمنا إلا خطئا ومن قتل مؤمنًا خطئًا فتحرير رَقبةٍ مؤمنةٍ ودية مسلّمَة إلى أهلهِ إلاّ أن يَصّدَقوا** "[٥].

فهذه الآية الكريمة أوجبت تضمين المباشر وإن لم يكن متعمدا ، ومع ذلك فقد حكم الشارع الحكيم فيها بالضمان المالي على الذي أخطأ مباشرة .

ثانيا : من السنة النبوية المطهرة

١ ــ ما أخرجه البخاري عن أنس رضي الله عنه : أن النبي صلى الله عليه و سلم ، كان عند بعض نسائه ، فأرسلت إحدى أمهات المؤمنين مع خادم بقصعة فيها طعام ، فضربت بيدها فكسرت القصعة[٦]، فضمها ، و جعل الطعام فيها ، وقال : " كلوا ، و حبس الرسول والقصعة حتى فرغوا ، فدفع القصعة الصحيحة وحبس المكسورة "[٧].

---

[١] ـ سورة البقرة ن الآية ١٩٤ .

[٢] ـ الجصاص ، أبو بكر بم علي الرازي ، أحكام القرآن ، دار الفكر ، ج ١ ، ص ٣٥٩ .

[٣] ـ سورة النحل ، الآية ١٢٦ .

[٤] ـ ابن حزم، أبو محمد علي بن احمد بن سعيد بن حزم الأندلسي (ت ٤٥٦هـ)، المحلى شرح المجلى، تحقيق الأستاذ أحمد شاكر رحمه الله، دار إحياء التراث العربي، بيروت، الطبعة ١، ١٤١٩هـ/١٩٩٩م، ج ٨ ، ص ٢٧١ .

[٥] ـ سورة النساء ، الآية ٩٢ .

[٦] ـ معنى القصعة : هي إناء على شكل دائري ، تصنع من الفخار أو الخشب ، يتناول فيها الطعام.

[٧] ـ البخاري ، صحيح البخاري ، باب إذا كسر قصعة أو شيئا لغيره (رقم ٢٣٤٩) ج ٢ / ص ٨٧٧ .

فالرسول عليه الصلاة والسلام أعطى القصعة المكسورة لمن كسرتها ، وأعطى القصعة الصحيحة لمن كُسِرت قصعتها ، وهذا دلالة على تضمين المباشر .

٣ ـــ قوله عليه الصلاة والسلام : " **لا ضررَ ولا ضِرارَ في الإسلام** "[١].
لأن كل اعتداء أو إضرار أوقع إتلافا ، فهذا أمر موجب للضمان ، ليقوم الضمان مقام المتلَف ، فينتفي الضرر بالقدر الممكن سواء كان التلف الواقع أخرجه من كونه صالحا للانتفاع به ، أو بمعنى إحداث يمنع من الانتفاع به مع قيامه في نفسه[٢].

ثالثا : من المعقول

ومن القياس والعقل أنه يقضى على تضمين المباشر ، أن من باشر إتلاف شيء و تحقق منه الإتلاف .

وأننا أيضا لم نجد عند البحث في هذا الموضوع ، من نفى وجوب الضمان على المباشر، وليس في هذا الأمرمخالف، فيحتمل أن يكون هذا بمثابة إتفاق بين العقلاء والفقهاء ـــ والله أعلم ـــ[٣].

[١] ـ البيهقي ، أحمد بن الحسين بن علي بن موسى أبو بكر (ت ٤٨٥ هـ) ، سنن البيهقي الكبرى ، تحقيق محمد عبد القادر عطا ، باب لا ضرر و لا ضرار (رقم ١١١٦٦) ، مكتبة دار الباز ، مكة المكرمة ، ١٤١٤ هـ/ ١٩٩٤ م ، ج ٦ ، ص ٦٩ .
[٢] ـ انظر : الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٦ ، ص ١٦٥ .
[٣] ـ انظر : الحاج خليل ، القواعد الفقهية ، ص٧٩ .

ثالثا
احتجاج الفقهاء بهذه القاعدة

تعتبر هذه القاعدة من القواعد المتفق عليها عند جميع الفقهاء ، لكن مع وجود اختلاف في ألفاظ القاعدة والتعبير عنها.
ويبدو لي من خلال البحث الذي ظهر لي أن الحنفية هم الوحيدون الذين استعملوا هذه القاعدة بنصها ، في حين أن سائر المذاهب الأخرى عبروا عنها من خلال معناها ، وهذا مما يدل أنهم استدلوا بها من خلال تطبيقاتهم على هذه القاعدة .

وفيما أستعرض طائفة من أقوال الفقهاء رحمهم الله تعالى الدالة على هذه القاعدة:
١ ــ الحنفية ذكروا هذه القاعدة الفقهية بالصريح ، فقالوا : " المباشر ضامن و إن لم يتعمد "[١].

٢ ــ جاء ما يدل أن المالكية والحنابلة استدلوا على هذه القاعدة بقولهم :" المباشر يضمن كان متعديا أو لم يكن "[٢].

٣ ــ وجاء عند الشافعية قولهم : " يستوي في إيجاب الضمان فيه العمد و الخطأ ، لأن النسيان إنما يسقط عن النسيان فيما يتعلق بنفسه لا فيما يتعلق بغيره ، فليس على غيره نسيانه وخطؤه ، فالعامد يغرم البدل وعليه الإثم ، أما المخطئ يغرم ولا إثم عليه "[٣].

٤ ــ و جاء في كتاب النيل و شفاء العليل ما يفيد معنى القاعدة : " الخطأ في الأموال والأنفس لا يزيل ضمانا "[٤].

---

[١] ـ ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٣١٧ . حيدر ، درر الحكام شرح مجلة الأحكام (مادة ٩٢) ، ج ١ ، ص ٩١١ . الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٥٣ . الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢ ، ص ١٠٤٥ . الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ١٩٦ .
[٢] ـ انظر : الحطاب ، أبو عبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب (ت ٩٥٤هـ) ، مواهب الجليل لشرح مختصر خليل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، الطبعة ١ ، ١٤١٦هـ/ ١٩٩٥ م ، ج ٧ ، ص ٣١٣ . البهوتي ، منصور بن يونس بن إدريس (ت ١٠٥١هـ) ، كشاف القناع عن متن الإقناع ، تحقيق الشيخ محمد عدنان ياسين درويش ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة ١ ، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م ،ج ٤ / ص ١١٣ .
[٣] ـ الزركشي ، المنثور في القواعد ، ج٢ ، ص٧٤ .
[٤] ـ الثميني ، النيل وشفاء العليل ، ج ٢ / ص ٦٦٥ .

رابعا
أمثلة تطبيقية على القاعدة

أستعرض في هذا المطلب بعض المسائل التي ذكرها الفقهاء القدامى ، إضافة إلى بعض المسائل المعاصرة ،التي استطاع الفقهاء المعاصرون تخريجها على هذه القاعدة ، ومن ذلك ما يلي :

١ ــ لو زلق إنسان فوقع على مال آخر فأتلفه ، أو اتلف إنسان مال غيره يظنه مال نفسه فإنه يضمن في الصورتين[١].

٢ ــ من حفر بئرا في ملكه فدخل إليه داخل ، فسقط في البئر لم يضمن ، ومن حفر في ملك غيره ضمن[٢].

٣ ــ طارت شرارة من دكان حداد،فأحرقت ثوب رجل يمر في الطريق ،ضمن الحداد[٣].

٤ ــ صبي بالَ على سطح ، فنزل من الميزاب ، وأصاب ثوبا فأفسده ، غرم الصبي[٤].

٥ ــ لو انقلب النائم أو الصغير ، و لو لا يعقل أصلا على مال لغيره فأتلفه ، أو شخص فقتله ، فإنه يضمن وإن لم يتعمد[٥].

٦ ــ لو صدمت سيارة سائرة سيارةً واقفة في ملك صاحبها ، أو خارج طريق السيارات ، أو على جانب طريق واسع ، ضمن سائق السيارة ما أتلف في السيارة الواقفة من نفس أو مال بصدمته[٦].

٧ ــ إذا قاد إنسان سيارة في شارع عام ملتزما السرعة المقررة ، و متبعا خط السير حسب النظام ، فقفز رجل فجأة أمامه فصدمته السيارة ، فمات أو أصيب بجروح أو كسور، رغم قيام السائق بما وجب عليه من الفرملة ونحوها ، فإنه يقال بتضمين السائق بناء على تضمين القائد ،أو الراكب ،أو السائق ما وطئت الدابة بيدها[٧].

---

(١) ـ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٥٣ .
(٢) ـ الزركشي ، المنثور في القواعد ، ج ٢ ، ص٧٤ ـ ٧٥ .
(٣) ـ البغدادي ، مجكع الضمانات ، ص ١٦١ .
(٤) ـ المصدر نفسه ، ص ١٦٥
(٥) ـ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ن ص ٤٥٤ . الزحيلي ن القواعد الفقهية ، ص ٥٢٠ .
(٦) ـ العماري ، عبد القادر ، ضمان الأشياء التابعة لشخص طبيعي أو اعتباري من بناء وآلات وحيوان بالخطأ المفترض، مجلة المجمع الفقهي الإسلامي، السنة الثامنة، العدد العاشر، ١٤١٧هـ/١٩٩٦م،رقم البحث٨، ص١٩٩.
(٧) ـ نفس المرجع السابق ، ص ٢٠٠ .

٨ ــ إذا أخطأ طبيب نطاسي " حاذق "، بأن تعدت يده إلى عضو سليم فأتلفته ، فأدى ذلك إلى تلف العضو أو النفس او ذهاب صفة ....، فإنه يلزم بالضمان لأن هذا الفعل يعد جناية خطأ وليس خطأ طبيا[1].

٩ ــ إذا أدى جاهلٌ عملَ طبيبٍ ، باشرت يده المريض إلى تلف نفس أو عضو أو ذهاب صفة ، فإنه يُلزم بالضمان [2].

ومن بين استثناءات هذه القاعدة ، ما يلي :

١ ــ ويستثنى من هذه الأمثلة المعاصرة الواردة على القاعدة ، ما تعمله الدولة من إتلاف لمواد غذائية فاسدة أو أدوية ضارة..... ، فإن الدولة لا تلزم بالضمان رغم وجود المباشرة[3].

٢ ــ لو قتل شخص آخر جاء ليقتله أو ليأخذ ماله ، وكان لا يمكن دفعه إلا بالقتل ، فإنه لا يضمن مع أنه مباشر للفعل ، وذلك لكونه غير متعد[4] ، وله فيه مسوّغ شرعي وهو الدفاع عن نفسه .

٣ ــ لو حفر شخص في ملكه أو سقى أرضا سقيا معتادا ، فتلف بحفره أو سقيه هذا ضرر ما ، فإنه لا يضمن ، لكونه في ملكه ولم يتجاوز[5].

---

[1] ـ الغامدي ، عبد الله بن سالم ،مسؤولية الطبيب المهنية ، دراسة تأصيلية مقارنة بين الشريعة والقوانين المعاصرة ، دار الأندلس الخضراء ، جدة ، الطبعة ١ ، ١٤١٨هـ / ١٩٩٧ م ، ص ٢٤٧ .
[2] ـ المرجع السابق ، ٢٤٨ .
[3] ـ المرجع السابق ، ص ٢٤٨ .
[4] ـ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٥٤ .
[5] ـ المرجع السابق ،ص ٤٥٤ .

القاعدة الثالثة
" المتسبّب لا يضمن إلا بالــتعَمَّد "[١]

أولا
معنى القاعدة

هذه القاعدة الفقهية مرّ شرح مفرداتها، من تعريف الضمان ، والتعدي ،والتعمد والمتسبب.
فالمتسبب كما سبق أن أسلفنا : هو من يفعل فعلا يؤدي إلى ضررما ،لكن بواسطة أخرى.
في حين أن التعدي هو فعل السبب بغير حق ، بمعنى تجاوز الحد المسموح من الحق.
أما التعمد هو فعل الشيء بقصد إلحاق الضر.

فالتعمد كما هو ملاحظ أعم من التعدي،وبالتالي هو سبب وجيه للضمان سواء بالعمدأم لا.

وقد اعترض الدكتور وهبة الزحيلي على صيغة القاعدة ،فقال : والأصح أن يقال في هذه القاعدة كما ذكرنا فيما قبلها " إلا بالتعدي " وذلك لأن شرط تضمين المتسبب هو وجود التعدي سواء أكان بقص أم لا[٢].

وأنا إذ أعارضه في هذا القول بأن التعمد أو التعدي كلاهما موجبان للتضمين ، سواء أكان بقصدٍ أم لاً ، فالعبرة في الأخير هو حفظ أموال الناس من العابثين والمهملين.

فمعنى القاعدة إجمالا:
أن المتسبب هو الذي يكون فعله يفضي إلى الضرر دون مباشرة ، ففي هذه الحالة لا يضمن ، لأنه بانفراده لا يصلح علة مستقلة للإتلاف إلا إذا كان متعديا[٣] ، وذكر الشيخ أحمد الزرقا ــ رحمه الله ــ: " و يكفي في كونه متعديا أن يتصل فعله في غير ملكه بمَا لا مسوغ له ، وكان فعله مقرونا بالتعمد ، لأن الحكم لا يضاف إلى السبب إلا بالقصد [٤].

وهذا الكلام سليم من الناحية الشرعية ، إذ أن الإنسان حر في التصرف في ملكه ،لقاعدة " تصرف الإنسان في خالص حقه ،إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره "لأنه في هذه الحالة له مسوّغ شرعي وهو انه في ملكه ، لكن لو كان في غير ملكه لما جاز له أي تصرف ، وإن تصرف بالتعمد ، كان عليه الضمان ،لأن الحكم يضاف إلى السبب إلا بالقصد .

---
[١] ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٩٣ .
[٢] ـ انظر : الزحيلي ، نظرية الضمان ،ص ١٩٨ .
[٣] ـ انظر : الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٥٥ .
[٤] ـ المرجع السابق ، ص ٤٥٥.

ثانيا
أدلة هذه القاعدة

أورد الفقهاء للاستدلال على هذه القاعدة جملةمن الأدلة النقلية والعقلية الدالة عليها، وفي ما يلي ذكر لإبراز الأدلة التي توجب الضمان على أي متسبب او متعدي:

١ ــ ما روي عن أبي سلمة رضي الله عنه :أن رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم أهدت له يهودية بخيبر شاةً مصلية [١] ".... فمات بشر بن البراء بن معرور الأنصاري ، فأرسل إلى اليهودية ، فأمر بها رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ فقتلت[٢].
فهذه الحادثة في حديث الشاة المسمومة والتي مات منها أحد الصحابة ،واقتص منها رسول الله ــ صلى الله عليه و سلم ــ باعتبار أن تقديم طعام مسموم هي صورة من صور التسبب ، وهذا أيضا يعتبر تعديا.

٢ ــ ما روي أن رجلا استسقى على باب قوم فأبوا أن يسقوه ، فأدركه العطش فمات ، فضمنهم عمر بن الخطاب ــ رضي الله عنه ــ الدية[٣].
فهذا الأثر يدل على تضمين المتسبب ا لذي امتنع عن الفعل ، وبه قضى أمير المؤمنين عمرــ رضي الله عنه ــ على الذين منعوا الماء بالدية،لأنهم تسببوا في موت طالب الماء.

٣ ــ وجاء أيضا : حدثنا أبو بكر قال : حدثنا وكيع قال : حدثنا المسعودي عن القاسم بن عبد الرحمن قال : أقبل رجل بجارية من القادسية ،فمرَّ على رجل واقف على دابة فنخس الرجل الدابة ، فرفعت الدابة رجلها فلم تخطئ عين الجارية ، فرفع إلى سلمان بن ربيعة الباهلي ، فضمن الراكب ، فبلغ ذلك ابن مسعود ــ رضي الله عنه ــ فقال : على الرجل ، إنما يضمن الناخس[٤].
فهذا أيضا يدل دلالة واضحة على أن الضمان على المتسبب ، لأن الناخس كان هو المتسبب في نخس الدابة وإثارتها ، فكان إتلافها مرتبطا بالفعل الذي قام به الرجل.

٤ ــ ويمكن الاستدلال بالقياس : أنه لو لم يكن هناك عقوبة وضمان على المتسبب في مثل هذه الوقائع والمسائل ، لجرّ من ذلك شر مستطير على الناس ، بحيث كل من أراد أحد أن ينتقم أو يعاقب أو يضر شخصا ما ، فما عليه إلا أن يقدّمَ واسطة بينه وبين الفعل الضار كتقديم السم مثلا أو إرسال كلب أو أسدٍ على الشخص المراد ضَرَرُهُ ، و بالتالي لا ذنب له ولا حرج ، فهذا طبعا غير مقبول عقلا ، فكيف يقبل شرعا.

---

[١] ـ شاة مصلية : أي شاة مشوية .
[٢] ـ أبو داود، سنن أبي داود ، باب فيمن سقى رجلا سما أو أطعمه فمات أيقاد منه ، حديث رقم (٤٥١١) ج ٤، ص١٧٤.
[٣] ـ ابن أبي شيبة ، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة الكوفي (ت ٢٣٥هـ) ، مصنف ابن أبي شيبة ، تحقيق : كمال يوسف الحوت ، مكتبة الرشيد ، الرياض ، الطبعة ١ ، ١٤٠٩هـ. ج ٥ / ص ٤٥٢ .
[٤] ـ المصدر نفسه ، ج ٥ / ص ٤٥٨ ، حديث رقم (٢٧٩٥٨).

ثالثا
احتجاج الفقهاء بهذه القاعدة

اتفق الفقهاء على قاعدة وجوب الضمان على المتسبب المتعدي ، وفيما يلي أقوال الفقهاء الدالة على ذلك :

١ ــ عند الحنفية :
جاء في حاشية ابن عابدين : "......أن المتسبب ضامن إذا كان متعديا وإلا لا يَضمن "[١].
وذكر ابن نجيم :" لأن المتسبب لا يضمن إلا بالتعدي ، كحافر البئر إن كان في ملكه لا يضمن ..... "[٢].

٢ ــ عند المالكية :
جاء في الفروق للقرافي : ".....ومنها الكلمة الباطلة عند ظالم ،إغراء على مال إنسان فيأخذه الظالم ، فإن المتسبب في جميعها يضمن ما تلف بسببه "[٤] . وجاء في حاشية الدسوقي:"ويقتل المتسبب مع المباشر، كحافر البئر لِمعَيَّن ، فردّاه غيره فيها"[٥].

٣ ــ عند الشافعية :
وجاء في كشاف القناع ما يلي: "ضمن المتسبب جميع ما تلف بسبب تعديه سواء تعقب ذلك فعله أو تراخى عنه ،كمن قطع علاقة قنديل فسقط فانكسر"[٦].

٤ ــ عند الحنابلة :
وجاء في إعلام الموقعين ما نصه : ".......والقياس العدل يقتضي أن من تسبب إلى إتلاف مال شخص أو تغريمه ، أنه يضمن ما غَرمَه كما يضمن ما أتلفه ، إذ غايته أنه إتلاف بسبب ، وإتلاف المتسبب كإتلاف المباشر في أصل الضمان "[٧].

ومن خلال عرض أقوال الفقهاء لهذه القاعدة يتبين لنا أنها من أهم القواعد الفقهية في تحمل أيةِ مسؤوليةٍ مدنيةٍ كانت أو مسؤولية جنائية ، قد تنتج من أفعال الناس ، وبالتالي حفاظا على أموالهم وأنفسهم ومصالحهم ، وهذا من مقاصد الضمان، وأيضا من القواعد المتفق عليها عند الفقهاء.

---

[١] ـ ابن عابدين ، حاشية رد المحتار على الدر المختار ، ج ٦ ، ص ٦٤٣ .
[٢] ـ ابن نجيم ، زين الدين إبراهيم بن محمد الشهير بابن نجيم ، البحر الرائق شرح كنز الدقائق ، تحقيق أحمد عزو عناية الدمشقي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، الطبعة ١ ، ١٤٢٢هـ/ ٢٠٠٢ م . ج ٣ / ص ٣٣٨ .
[٤] ـ القرافي ، أنوار البروق في أنواع الفروق ، ج٢ / ص ٢٠٤ .
[٥] ـ الدسوقي ، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، ج ٤ / ص ٣٨٧ .
[٦] ـ الشربيني ، مغني المحتاج ،٣ / ٣٣٩ ..
[٧] ـ ابن القيم ، محمد بن أبي بكر الزرعي ابن قيم الجوزية ، إعلام الموقعين عن رب العالمين ، دار الكتب العلمية ، ج ٢ /ص(٣٥ ـ ٣٦) .

رابعا
أمثلة تطبيقية على هذه القاعدة

في هذا المطلب نستعرض للتطبيقات والأمثلة التي ذكرها فقهاؤنا القدامى ـــ رحمهم الله ـــ ثم نستعرض الأمثلة والمسائل العصرية التي تدخل تحت هذه القاعدة :

١ ـــ من حفر بئرا في غير ملكه ،أو حفرها في إلى جانب بئر ماشية ، وهي تضر ببئر الماشية، دون إذن رب الماشية ، فعطب فيها شيء من دابة إو إنسان فهو ضامن[١].

٢ ـــ من حفر بئرا في طريق لغير مصلحة المسلمين،أو في غير ملك غيره بغير إذنه ،أو وضع في ذلك حجرا أو حديدة ، أو صب فيه ماء،....، وهلك في إنسان أو دابة ، ضمنه،لأنه تلف بعدوانه فضمنه ، كما لو جنى عليه[٢].

٣ ـــ إذا خرج رجل ومعه مسدس غير مؤَمّن ، فاحتك برجل آخر فانطلقت رصاصة فأصابت قدم رجل ثالث ، فعلى صاحب المسدس الضمان ، لأنه خرج بسلاح إلى أماكن وجود الناس ، فيقاس على نصل الرمح الواجب رفعه حتى لا يؤذي المسلمين ، وكذلك هذا الرجل لم يؤمّن مسدسه فعليه الضمان[٣].

٤ ـــ المهندس المعماري ، أو القائم على البناء ، إذا أخل بالمواصفات المطلوبة منه في البناء ، مما أدى إلى انهيار البناء فيما بعد ، فإنه يكون مسؤولاً عن تبعات هذا الفعل ماديا وجزائيا[٤].

٥ ـــ إذا خالف سائق سيارة "نقل الركاب" العدد المسموح به، فأركب فيها زيادة عن هذا العدد ، فسقط منها أحدهم ، فمات أو أصيب ، فالسائق هو الضامن[٥].

٦ ـــ الطبيب أو الجراح الذي ثبت إهماله في أصول المهنة أو جهله بها ، حقت عليه المسؤولية بحسب تقصيره(المسؤولية التقصيرية) وعدم تحرزه في أداء عمله[٦].

رأي القانون المدني :

تنص المادة ١٧٣ مصري " كل من يجب عليه قانونا أو اتفاقا رقابة شخص في حاجة إلى الرقابة ، بسبب قصره ، أو بسبب حالته العقلية أو الجسمية ، يكون ملزما بتعويض الضرر الذي يحدثه ذلك الشخص للغير[٧] بعمله غير المشروع"[٨].

---

[١] ـ مالك ،مالك بن أنس الأصبحي ، المدونة ،دار الكتب العلمية ، ج٤ / ٤٧٤ . .
[٢] ـ ابن قدامه ، المغني ، ٨/ ٣٣٠ . انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٩٢٤ .
[٣] ـ كامل ، القواعد الفقهية ، ج ١ ، ص ٥٢٥ .
[٤] ـ المرجع السابق .
[٥] ـ المرجع السابق .
[٦] ـ المرجع السابق ، ص ٢٤٣ .
[٧] ـ يقصد بالغير :القاصر والمجنون والمعتوه والمغفل والمريض كالأعمى والمشلول والمقعد.ونحو ذلك .
[٨] ـ السنهوري عبد الرزاق، الوسيط ،مطابع دار المعارف ، مصر ، ١٩٦٨ م .ج ١،ص ٩٩٢ .

القاعدة الرابعة
" يضاف الفعل إلى الفاعل ، لا إلى الآمر ما لم يكن مُجبِرًا"[١]

هذه القاعدة تعتبر فرعا من قاعدة " إذا اجتمع المباشر والمتسبب أضيف الحكم إلى المباشر" ، وفيما يلي بيان معناها :

أولا
بيان معنى القاعدة

فالمراد بالفعل في القاعدة : هو بمعنى التعدي سواء على الأموال أو الأنفس .
أما الفاعل : فهو بمعنى المباشر لفعل التعدي .
وأما المجبر: فهو الآمر المكره على ارتكاب فعل بغير حق ولا رضا ولا بوجه شرعي.

فمعنى القاعدة إذن :
أنه إذا اجتمع شخصان على إتلاف أو إلحاق ضرر ما ، فكان أحدهما هو الفاعل الذي قام بالإتلاف أو الضرر، والثاني كان فقط هو الآمر الذي يصدر منه للفاعل بالإتلاف أو الضرر، فإن القاعدة الفقهية تحكم بهذا الفعل في هذه الحالة أن الضمان يكون على الفاعل لأنه حر وعاقل وبالغ ، و أيضا لأنه هو علة الفعل ، وبالتالي لا ينسب الفعل إلى الآمر، لأن هذا الأمر في حقيقته باطل ، و هذا بناء على قاعدة فقهية عظيمة هي " الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل "[٢].

فالفاعل هو المباشر لفعل التعدي ،والآمرهو السبب ،فإن الحكم يكون على المباشر ويكون الضمان عليه ، " فعند اجتماع العلة وهو الفاعل ، مع السبب وهو الآمر ، فإن حكم الفعل ينسب إلى العلة لا إلى السبب ، لأن الأصل في المعلولات أن تنسب إلى عللها ، لأنها المؤثرة فيها ، لا إلى أسبابها لأنها الموصلة إليها في الجملة"[٣].

وهذا الأمر ليس على وجه الإطلاق ، بل هذا مشروط بكون الفاعل غير مجبر أو مكرَه على القيام بهذا الفعل ، إكراها تاماً يكون حينها كالآلة المطواعة بيد المكره الآمر ، خاصة الآن أصبحت فيه صور أخرى للإكراه التام غير المباشر كالتنويم المغناطيسي ، وإعطاء حبوب من نوع خاص ....ونحو ذلك .

ففي هذه الحالة ترتفع المسؤولية عن الفاعل المكرَه ،ويكون الضمان والمسؤولية على المكره الآمر وبناء على هذا يمكن لنا أن نفرق بين مجرد الأمر والإكراه التام، ففي حالة الأمر يكون حكم الفعل منسوبا إلى الفاعل لا إلى الآمر ، في حين أن حالة الإكراه التام فإن حكم الفعل ينسب إلى المكره الآمر لا إلى المكرَه.
فالإكراه المعدم للرضا هو الإكراه الذي يبطل كل العقود ، لعدم وجود الرضا والرغبة فيها وليس للمكرَه أي اختيار لأنه مسلوب الإرادة.

---

[١] ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٨٩ .
[٢] ـ مجلة الأحكام العدلية ،المادة ٩٥ .انظر : حيدر ، درر الحكام ،١ /٨٤ ، وسوف يأتي بيانها وشرحها في حينها في هذا الفصل بحول الله .
[٣] ـ الحاج خليل ، القواعد الفقهية المتعلقة بالمباشرة ، ص ١٤٢ .

في حين إن الإكراه المفسد للرضا يكون التصرف فيه يحتمل الفسخ مالبيع والإجارة والرهن ونحو ذلك، فإن الإكراه يؤثر فيه ، فيكون التصرف غير نافذ ، بمعنى يكون موقوفا على إجازة المكرَه بعد زوال الإكراه[1].

[1] - ابن رجب ، القواعد في الفقه الإسلامي ،ص ٢٨٦ ، ، ابن القيم ، إعلام الموقعين ،٤/ ١٨٣ ، حيدر ، درر الحكام ، ٢ /٢٦٩ .

ثانيا
أدلة هذه القاعدة

في هذا المطلب نذكر جملة من الشواهد و الأدلة على هذه القاعدة الفقهية ، والتي توضح مدى احتجاج الفقهاء وأخذهم بها.

١ ــ قوله تعالى : " **كل نفس بما كسبت رهينة** "[١].
ذكر الإمام الشوكاني ــ رحمه الله ــ في فتح القدير بقوله: "...أي مأخوذة بعملها،ومرتهنة به ، إما خلصها وإما أوبقها ، والرهينة اسم لمعنى الرهن كالشيمة بمعنى الشم ، وليست صفة ، و لو كانت صفة لقيل رهين ، والمعنى : كل نفس رهن بكسبها غير مفكوكة"[٢].

٢ ــ قوله تعالى : " **وما أصابكم من مصيبة فبما كسبت أيديكم** "[٣].
".....أي من المعاصي ، لأن ما أصاب المؤمنين من أهل الإيمان من المكاره كالآلام والأسقام ، والقحط ، والغرق ....، ونحوها عقوبات على الذنوب السالفة "[٤].
فالله عز وجل يحاسبنا على أعمالنا بسبب تقصيرنا في عبادته ،ويعفو عن كثير وكثير، فهو لا يحاسب غيرنا على تصرفاتنا وأفعالنا ،وهذا من فضله ومنه علينا.

٣ ــ قوله تعالى : " **و أن لَيس للإنسان إلاَّ ما سَعَى** "[٥].
"... والمعنى ليس له إلا أجر سعيه ، وجزاء عمله ، ولا ينفع أحدًا على أحدٍ "[٦].

٤ ــ قوله تعالى : " **أيحسَبُ الإنسانُ أن يترَكَ سُدًى** "[٧].
قال السيوطي في شأن هذه الآية "أن يترك سُدًى ،أي همْلا،أي باطلا لا يؤمر ولا ينهى"[٨] وذكر البرسوي في روح البيان " أي يحي حال كونه مهملا ، فلا يكلف ولا يجزى "[٩].

---

[١] ـ سورة المدثر ، الآية ٣٨ .
[٢] ـ الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد (ت١٢٥٠هـ) ، فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير، تحقيق الدكتور عبد الرحمن عميرة ، الطبعة ٢ ،دار الوفاء ، المنصورة ، ١٤١٨هـ/ ١٩٩٧ م ، ج ٥ / ص ٤٤٠ .
[٣] ـ سورة الشورى ، الآية ٣٠.
[٤] ـ القوجوي ، محمد بن مصلح الدين مصطفى الحنفي (ت ٩٥١ هـ) ، حاشية محي الدين شيخ زاده على تفسير القاضي البيضاوي (ت ٦٨٥هـ) ، ضبط وتصحيح :محمد عبد القادر شاهين ، دار الكتاب العلمية ، بيروت ، الطبعة الأولى، ١٤١٩هـ/ ١٩٩٩ م ، ج ٧ / ٤٢٩ .
[٥] ـ سورة النجم ، الآية ٣٩ .
[٦] ـ القنوجي ، أبي الطيب صديق بن حسن بن علي الحسيني البخاري (ت ١٣٠٧هـ)،فتح البيان في مقاصد القرآن ،وضع حواشيه إبراهيم شمس الدين ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ،الطبعة ١٤٢٠،١هـ/ ١٩٩٩ م ، ج ٦ / ص ٤٦٤ .
[٧] ـ سورة القيامة ، الآية ، ٣٦ .
[٨] ـ السيوطي، الإمام الحافظ جلال الدين(ت ٩١١هـ) ، الدر المنثور في التفسير بالمأثور،تحقيق الشيخ نجدت نجيب ، دار إحياء التراث العربي ،بيروت ، الطبعة١ ، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١م ،ج ٨ /ص٣٣٥ .
[٩] ـ البرسوي ،إسماعيل حقي (ت ١١٣٧هـ) ، تفسير روح البيان ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت ، لبنان .

٥ ــ قوله صلى الله عليه وسلم : " **لا طاعة لمخلوق في معصية الخالق** "[١].
فالعاقل المكلف إذا أمره غيره بإتلاف مال أحد مثلا ، أو قتله مباشرة أو تسببا ، كان أمره باطلا ، لوجوب المخالفة شرعا وعقلا ودينا وخلقا .

ــ من القياس والقانون الوضعي : نجد أنهما متفقان تماما مع نظرة الشريعة الإسلامية ، بأن المسؤول عن أفعال التعدي هو بالطبع الذي تصدر منه الأفعال وقام بمباشرته لها في الواقع ، لكن إن كان التعدي واقعا على بناء الإكراه ، فبالتالي يسأل المكره لا المستكره ، فهذا هو العدل بعينه[٢].

---

[١] ـ هذا نص حديث شريف ثبت بألفاظ متعددة ، وقد رواه مسلم ج ١٢/ ص ٢٢٧ ، أبو داود ، ج ٢/ ص ٣٨ ، النسائي ،ج ٧ / ص ١٤٢ . انظر : الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٥١٥ .
[٢] ـ انظر : الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ٢٠١ .

ثالثا
تطبيقات على هذه القاعدة

نستعرض في هذا المطلب بعض الجوانب التي طبقها الفقهاء ــ رحمهم الله ــ على هذه القاعدة ، ثم نذكر بعض التطبيقات المعاصرة التي تم فيها بناء الحكم على هذه القاعدة ، وذلك على النحو التالي :

١ ــ لو أمر إنسان غيره بإتلاف مالٍ أو تعييبه ، أو بارتكاب جريمة كقتل نفس معصومة ، أو بقتل نفس أو بحفر حفرة في الطريق العام ، فوقع فيها حيوان.......، ففعل المأمور ذلك .

فالضمان والقصاص على الفاعل ،لا على الآمر، لأن المأمور هو المباشر والمؤاخذ والضامن ، فهو الفاعل دون الآمر ، إلا إذا كان الآمر مجبرا ومكرها للفاعل على الفعل ، فالضمان و القصاص يكون على الآمر.

وعند استعراض آراء الفقهاء في مسألة الإكراه ، يتبين لنا ما يلي :

ــ فالمالكية والظاهرية وبعض الشافعية ذهبوا إلى أن المكرَه هوالذي عليه الضمان ، باعتباره هو المباشر للضرر.

ــ في حين رجح فقهاء الحنفية والحنابلة وبعض الشافعية : أن الضمان يكون على المكره ، لأن المكرَه أصلا مسلوب الإرادة ، فما هو إلا آلة في يد المكره ،وبالتالي لا ضمان على الآلة اتفاقا ،فيكون المكره هو السبب الجوهري في إلحاق الضرر.

و من الإكراه المعتبر ما إذا كان المكره سلطانا ، فإن المأمور يعلم عادة أنه يعاقب إن لم يمتثل لأمر السلطان ، فالضمان على السلطان لا مأموره[١].

٢ ــ لو أمر الطبيب المختص الممرضة بإعطاء المريض الدواء ، فرفضت تلك الممرضة ، وحصل للمريض ضرر، فالمسؤولية على الممرضة لعصيانها أمر الطبيب المختص [٢].

٣ ــ لو أن راكبا في السيارة أمر السائق بعبور الإشارة الحمراء ، مما أدى إلى إلحاق الضرر بالمارة، فالضمان يكون على السائق ما لم يكن مكرها على الفعل،لأنه مباشر[٣].

---

[١] ـ الشافعي ، الإمام محمد بن إدريس (ت ٢٠٤هـ) ، الأم ، تحقيق الدكتور رفعت فوزي عبد المطلب ، دار الوفاء ، المنصورة ، الطبعة ١ ، ١٤٢٢ هـ/ ٢٠٠١ م ، ج٧ / ص ١٥٤ . الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٤٣ ـ ٤٤٤ ، حيدر ، درر الحكام ،ج ١/ ص ٩٦ . الزحيلي ، نظرية الضمان، ص ٢٠٢ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ن ص ٥١٦.

[٢] ـ انظر: الأطرقجي ، هدى سالم محمد ، مسؤولية مساعدي الطبيب الجزائية ، الدار العلمية ، عمان ،الطبعة الأولى، ٢٠٠١ م ص٧٩.

[٣] ـ كامل ، القواعد الفقهية ، ج١ / ص ٥٢٨ .

٤ ــ أمر المريض الطبيب بإخراجه من المستشفى ، أو بنزع الأجهزة عنه ، مما أدى إلى إلحاق الضر به أو وفاته، ففي هذه الحالة تكون المسؤولية على الطبيب ، لأنه هو المباشر والعالم بالضرر[١].

٥ ــ لو أمر مالك بناءٍ مقاولاً مختصا بهدم ذلك البناء ، ثم لحق بالناس أضرارا ، فالهادم وحده الذي يتحمل المسؤولية ،لأنه لم يأخذ احتياطاته اللازمة[٢].

---

(١) ـ كامل ، القواعد الفقهية ، ج١ ،٥٢٨ .
(٢) ـ انظر: عابدين ، محمد أمين ، التعويض بين المسؤولية العقدية والتقصيرية ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ، ١٩٨٥ ، ص ١٣٧ .

القاعدة الخامسة
" الضّرَر يزَال "[١]

هذه القاعدة هي أصل عظيم من أصول الإسلام ، بحيث بنيت عليها أبواب كثيرة من أبواب الفقه ،وهي متداخلة مع كبرى القواعد الفقهية الكلية وهي "المشقة تجلب التيسير"، وهي تعبر في حقيقتها على وجوب رفع الضرر بعد وقوعه.
و هذه القاعدة هي الأساس في وجوب ضمان المتلفات ، لأن المتلِف عليه ضمان ما اتلف وتعويض الضرر الذي ألحقه.
وفيما يلي بيان هذه القاعدة:

أولا
معنى القاعدة

نبدأ أولا بتعريف معنى الضرر ، كان اختياري على تعريف الشيخ الفاضل علي الخفيف ـــ رحمه الله ـــ الضرر بقوله :

" المراد بالضرر هو كل أذى يصيب الإنسان ، فيسبب له خسارة مالية في أمواله سواء أكانت ناتجة عن نقصها ، أم عن نقص منافعها ، أو عن زوال بعض أو صافها ونحو ذلك عن كل ما يترتب عليه نقص في قيمتها عما كانت عليه قبل حدوث ذلك الضرر"[٢].

ومعنى القاعدة :
أن من ارتكب فعلا غير مشروع ، أو أنه قام بعمل هو في أصله مشروع لكنه ترتب عليه ضرر بالآخرين ، فإنه يجب إزالة هذا الضرر ومحو آثاره ، و ترميم نتائجه .

---
[١] ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة ، ٢٠ .
[٢] ـ الخفيف ، الضمان في الفقه الإسلامي ، ص ٤٦ .

ثانيا
أدلة هذه القاعدة

ويستشهد لهذه القاعدة العظيمة ، نصوص كثيرة من كتاب الله وسنة رسوله عليه الصلاة والسلام ، منها :

ـ من القرآن الكريم :

١ ـ قوله تعالى : " **من بعد وصية يوصي بها أو دين غير مضار**"[(١)].

فالله تعالى نهى عن الإضرار في الوصية بأي شكل من الإشكال .

٢ ـ و قوله تعالى : " **لا تضَارَّ والدة بولدها و لا مولود له بولده** "[(٢)].

فالله سبحانه وتعالى نهى عن الإضرار في الرضاع.

٣ ـ وقوله سبحانه: " **ولا تمسكوهنّ ضِرارًا لتعتدوا ومن يفعل ذلك فقد ظلم نفسه** "[(٣)]. فالله تعالى نهى أيضا عن الإضرار في الزواج ، وجاء ذلك بصيغة الإنشاء ليدلنا على منع الضرر في الشريعة .

٤ ـ وقوله تعالى : " **ولا تضاروهن لتضيقوا عليهنّ** "[(٤)] فهنا جاء التعبير القرآني بنفي الضرر بصيغة الخبر ، ليعطينا مؤشرا على منع الضرر في الشريعة

ـ ومن السنة :

١ ـ قوله ـ صلوات ربي وسلامه عليه ـ " **لا ضَرَرَ ولا ضِرَار**◆" [(٥)].

٢ ـ ما رواه سيدنا أبو هريرة ـ رضي الله عنه ـ أن رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ قال : " **لا يمنَعُ فَضل المَاءِ ليمنَع به الكَلأ** "[(٦)].

فنهى صلوات ربي وسلامه عليه ، عن منع الماء لإلحاق الضرر بالغير .

وهنا ننقل كلاما شارحاً للعلامة الحافظ ابن حجر العسقلاني ـ رحمه الله ـ في شرحه لهذا الحديث ، قوله : " والمعنى أن يكون حول البئر كلأ ليس عنده ماء غيره ، ولا يمكن أصحاب المواشي رعيَه إلا إذا تمكنوا من تلك البئر لئلاَّ يتضرروا بالعطش بعد الرعي ، فيستلزم منعهم من الماء منعهم من الرعي "[(٧)].

٣ ـ قوله ـ عليه الصلاة و السلام ـ : " **لا يمنَعَنّ أحدكم جاره أن يغرزَ خشبة على جدَارهِ**"[(٨)]. فرسول الله ـ عليه الصلاة والسلام ـ نهى الجارَ أن يمنع جاره من الانتفاع بملكه ، لأن في منعه ضرراً له.

---

(١) ـ سورة النساء ، الآية ١٢ .

(٢) ـ سورة البقرة ، الآية ٢١٣ .

(٣) ـ سورة البقرة ، الآية ٢٣٣ .

(٤) ـ سورة الطلاق ، الآية ٠٦ .

◆ ـ معنى الضرار ، انظر : ص ٦١ من الرسالة.

(٥) ـ الحديث سبق تخريجه ، ص ٢٢ .

(٦) ـ أخرجه البخاري في باب الشرب والمساقاة ، باب : من قال إن صاحب الماء أحق بالماء حتى يروي ،(رقم ٢٢٥٣) . و رواه مسلم في المساقاة ، باب : تحريم بيع فضل الماء (رقم ١٥٦٦) .

(٧) ـ ابن حجر ، الإمام ابن حجر العسقلاني ، فتح الباري بشرح صحيح البخاري ، تحقيق : عبد العزيز بن عبد الله بن باز، ومحمد فؤاد عبد الباقي ومحب الدين الخطيب ، مكتبة الرياض الحديثة ، الرياض ، ج ٥/ ص ٤٠ .

(٨) ـ أخرجه البخاري في المظالم ، باب :لا يمنع جاره أن يغرز خشبة في جداره ، (٣ / ٢٤٦) ، رواه مسلم في المساقاة ، باب:غرز الخشب في جدار الجار(رقم١٦٠٩) .

ثالثا
احتجاج الفقهاء بالقاعدة

وقد احتج بها جملة من الفقهاء رحمهم الله تعالى ، واتفقوا في صياغتها ، نذكر منهم :

أ ـــ ذكرها الإمام ابن السبكي في أشباهه، بقوله: "...ويدخل فيها :الضرر لا يزال بالضرر وهو كعائد لعودِعلى قولهم :الضرريزال أي يزال ولكن لا بضرر ـ فشأنهما شأن الأخص مع الأعم في الحقيقة ،بل هم سواء لأنه لو أزيل بالضرر لما صدق الضرر يزال "[١].

ب ـــ وذكرها الإمام السيوطي في أشباهه أيضا بقوله : ".......وهذه القاعدة أي الضرر يزال ينبني عليها كثير من أبواب الفقه ،من ذلك :الرد بالعيب ،وجميع أنواع الخيار..."[٢].
جـــ ـ وذكرها ابن نجيم في " الأشباه والنظائر" ، فقال : "....بأنه لا يضر الرجل أخاه ابتداءً ولا جزاءً ،...ويبتني على هذه القاعدة أي الضرر يزال كثير من أبواب الفقه "[٣].

د ـــ و ذكرها الإمام الزركشي في " المنثور في القواعد " بقوله : " ولو باعه شيئا وسلمه إلى المشتري فرهنه ، ثم أفلسَ فليسَ للبائع الرجوع في عين ماله ، لأن في ذلك إضراراً بالمرتهن والضرر لا يزال بالضرر"[٤].

هـــ ـ وذكرها الفقيهان الجليلان أحمد الزرقا ونجله مصطفى ، في الشرح وفي المدخل ، بقولهما : " الضرر يزال أي تجب إزالته ، لأن الأخبار في كلام الفقهاء للوجوب ، من حظر إيقاعه ، ووجوب إزالته بعد الوقوع " و " هذه القاعدة تعبر عن وجوب رفع الضرر وترميم آثاره بعد الوقوع "[٥].

---

(١) ـ ابن السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج ١ / ص ٤١ .
(٢) ـ السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ١١٢ .
(٣) ـ ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٩٤ .
(٤) ـ الزركشي ، المنثور من القواعد ، ج ٢ / ص ٧١ .
(٥) ـ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ١٧٩ . الزرقا ، المدخل ، ج ٢ / ص ٩٩٣ .

رابعا
أمثلة تطبيقية على هذه القاعدة

نذكر فيما يلي بعض المسائل التطبيقية على هذه القاعدة ، وبعض الأمثلة العصرية التي تم تخريجها وفق هذه القاعدة استنادا للنص النبوي "لا ضرر ولا ضرار"[١].

١ ـ من سلط ميزابه على الطريق العام بحيث يضر بالمارين فإنه يزال ، و يضمن المتلِف عوض ما أتلف للضرر الذي أحدثه[٢].
٢ ـ لو باعَ مالَ غيره فضولاً وقبض ثمنه ، فهلك في يده ، ولم يجز المالك بيعه ، وكان المشتري حين دفع له الثمن لا يعلم أنه فضولي ، فإنه يضمن الثمن[٣].
٣ ـ لو وقع دينار في محبرة ، و لم يخرج إلا بكسرها ، كسرت ، وعلى صاحبه الأرش ، فلو كان بفعل صاحب الجرة فلا شيء [٤].

٤ ـ لو دفن ميت بلا تكفين لا ينبش عليه ، لأن مفسدة هتك حرمته أشد من عدم تكفينه الذي قام الستر بالتراب مقامه [٥].
٥ ـ لو أحاط الكفار بالمسلمين،ولا مقاومة بهم ،جازَ دفع المال إليهم،وكذا استنقاذ الأسرى منهم بالمال إذا لم يمكن بغيره ،لأن مفسدة بقائهم في أيديهم واصطلامهم[٦] للمسلمين أعظم من بذل المال[٧].
٦ ـ لو رأى شاة غيره تموت فذبحها حفظا لماليتها عليه ،كان ذلك أولى من تركها تذهب ضياعاً ، وإن كان من جامدي الفقهاء من يمنع ذلك و يقول هذا تصرف في ملك الغير ، و لم يعلم هذا اليابس أن التصرف في ملك الغير ، إنما حرمه الله لما فيه الإضرار به، وترك التصرف هَاهنا هو الإضرار[٨].

٧ـ يجوز للقاضي بيع أموال المدين لوفاء ديونه[٩].
٨ ـ من بنى بناء سدّ به النور والهواء على جاره ، فيؤمر برفع هذا الضرر[١٠].
٩ ـ يجوز للقاضي أن يمنع بروز البلكونَات الكاشفة ، وواجهات المباني المقدمة على حد الطريق العام ، إذا تجاوز الحد الذي حددته السلطات المحلية [١١].

---

(١) ـ سبق تخريجه ، ص ٢٢ .
(٢) ـ الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ١٩٨ .
(٣) ـ الزرقا :شرح القواعد الفقهية ، ص ١٨٠ .
(٤) ـ السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ١١٥ . ابن السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج١ / ص ٤٣ .
(٥) ـ ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٩٥ .
(٦) ـ اصطلامهم بمعنى تعذيبهم وإيذائهم .
(٧) ـ السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ١١٦ .
(٨) ـ جمعة ، أبو عبد الرحمن عبد المجيد الجزائري ، القواعد الفقهية المستخرجة من إعلام الموقعين ، دار ابن القيم ، السعودية ، الطبعة ١ ، ١٤٢١ هـ ، ص ٣٢٦ .
وإن كان لدينا تعليق : أن المؤلف كانت له عبارة قاسية على الفقهاء بوصفهم وبكونهم جامدين ، فهذا لا يليق بالأسلوب العلمي الذي يقتضي احترام وجهات النظر أصلا . والله أعلم بالصواب والهادي إلى الرشد وسواء السبيل.
(٩) ـ الزحيلي ، نظرية الضمان ،ص ٢٠٥ .
(١٠) ـ المرجع السابق .
(١١) ـ انظر : الأودن ، سمير عبد السميع ، المسؤولية الجنائية في البناء والهدم (المالك ـ المقاول ـ المهندس المعماري) ، مكتبة الإشعاع الفنية ، الإسكندرية ، ٢٠٠٠م ، ص ٧٤ .

القاعدة السادسة
" تصرف الإنسان في خالص حقه ، إنما يصح إذا لم يتضرر به غيره "

أولا
معنى القاعدة

أن على الإنسان احترام حقوق الجار و مراعاة ظروفه وأحواله ، بحيث لا يعمل على إلحاق الضرر به بدعوى تصرفه أنه في ملكه ، وله كامل الحرية في أي تصرف يريده مادام أنه في ملكه وخالص حقه .

وبالتالي فمن كان يملك أرضا أو دكانا أو بيتا أو عقارا ما ، فله كامل الحق في التصرف في ملكه ، من بناء جدار ، أو حفر بئر ، وتوسعة فناء ، أو إعلاء بناء بيته ونحو ذلك ، لكن كل هذا مشروط بعدم إلحاق الضرر الفاحش [١] بالغير خصوصا الجار[٢].

وهذا ماعرفه الفقه الإسلامي بنظرية التعسف في استعمال الحق ،بحيث لا يجوز تصرف الشخص في ملكه إلا بإذن الجار، لأن الأصل في تصرفات المالك في ملكه التي تتعلق بحق الغير هو المنع والحظر ، وبالتالي فلا يباح له إلا ما هو على سبيل اليقين والجزن انه ليس فيه إلحاق ضرر بالجار.

وقد عرفت المادة ١١٩٩ من المجلة هذا الضرر الفاحش ، فقالت : "الضرر الفاحش : كل ما يمنع الحوائج الأصلية يعني المنفعة الأصلية المقصودة من البناء كالسكنى ، أو يضر البناء أي يجلب عليه وهناً ، ويكون سبب انهدامه"[٣].

ثانيا
أدلة هذه القاعدة واحتجاج الفقهاء بها

وقد احتج بها العلامة ابن القيم الجوزية في " إعلام الموقعين " بقوله "....وكما أن الشارع يقصد رفع الضررعن الجار، فهو أيضا يقصد رفع الضررعن المشتري ،ولا يزيل ضرر الجار بإدخال الضرر على المشتري ، فإنه محتاج إلى دار يسكنها هو وعياله ..."[٤].
وأشار إليها ابن السبكي الشافعي ، وابن نجيم الحنفي في "الأشباه والنظائر" ، والزركشي في منثور قواعده[٥].

---

[١] ـ الضرر الفاحش : هو المقصود منه الضرر الذي يترتب عليه هدم البناء مثلا ، بحيث يصبح مانعا من الانتفاع منه . في حين الضرر اليسير: فالمقصود منه الذي لا يلحق بضرر فاحش بالجار ، مثل رفع البناء مثلا ، بحيث لا يسد الضوء ولا يمنع الهواء عن الجار. انظر : الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ٢٠٧.
[٢] ـ المرجع السابق .
[٣] ـ انظر مجلة الأحكام العدلية ، الناة ١١٩٩ . الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ٢١ .
[٤] ـ ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ج ٢ / ص ١٢٣ .
[٥] ـ ابن السبكي، الأشباه والنظائر، ج ١/ ٤٧. ابن نجيم، الأشباه والنظائر، ص ٩٦. الزركشي،المنثور،ج٢/ ٧١ .

القاعدة السابعة
" لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذنه "[١]

أولا
معنى القاعدة

– معنى " لا يجوز لأحدٍ ":بمعنى لايحل في الشريعة الإسلامية لأي إنسانٍ ولا يصح ، ولا يقبل منه.

– " أن يتصرف في ملك الغير" : أن يتصرف تصرفا فعليا عمليا ، أو فعليا قوليا.

– " بلا إذنه " أي بدون إذن أصحابها ، دون إذن وصايةٍ ،أو ولايةٍ، أو ضرورةٍ ،أو حتى بإذن عرفي[٢].

ومعنى القاعدة :
أن الإنسان لا يحل له شرعا أن يتصرف في أموال الناس الآخرين بدون إذن أصحابها وأهلها ، وسواء أكان التصرف فعليا أم قوليا[٣] ، لأن ملك الغير محترم في نظر الشرع ، فلا يجوز انتهاك حرمة الناس وأموالهم بالتصرف فيها بلا إذن من صاحبها ، وكما لا يجوز لأحد التصرف في ملك الغير بدون إذنه ، كذلك لا يجوز أيضا له أن يأمر غيره بالتصرف في ملك الغير .

وهذه القاعدة التي تمنع التصرف في ملك الغير بدون إذن صاحبه ، كذلك يكون المنع في التصرف بدون إذن الشارع ، ولذلك رأى الشيخ الجليل مصطفى الزرقا في "المدخل"، التعبير بعبارة " بلا إذن " لتشمل إذن صاحب الملك وإذن الشارع وإذن العرف أيضا . في حين أن الدكتور علي الندوي يرى ضرورة إضافة كلمة " بولاية " حتى تكون القاعدة أكثر جمعا ، وتقل عدد المستثنيات ، وعلى هذا المعنى جاءت هذه القاعدة[٤].

---

(١) ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة ، ٩٦.
(٢) ـ انظر : الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ٢٠٨ .
وللمؤلف له تعقيب على هذه القاعدة ،حيث عارض صياغة هذه القاعدة ، بصيغة أخرى رآها أكثر دلالة وتعبيرا ودقة ، بقوله " لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بلا إذن ولا ولاية ولا ضرورة " ، ونحن لنا رأي مخالف لفضيلته ، أن الصيغة الأولى أدق وأشمل وأعم لمعنى القاعدة ، الذي في أرى أنه يجمع معنى الولاية ،والوصاية ، وحتى حال الضرورة ،فالأولى أراها أفضل من صيغة الدكتور الزحيلي الذي أعتبر صيغته عبارة عن شرح للقاعدة ليس إلا ..
(٣) ـ يقصد بالتصرف الفعلي : هو التصرف بالغصب بوضع اليد ، أوتصرفا فعليا بالإتلاف ، أو إحداث فعلٍ له أثره وضرره كالحفر في ملك الغير.
أما التصرف القولي في ملك الغير فهو كبيع الفضولي و هبته وإجارته وغيرها من دون إجازة المالك. انظر: الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٦١ /٤٦٢ .
(٤) ـ انظر : زيدان ، المدخل ، ص ٨٨/٨٧ . الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص٥٠٤ . الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ٢/ ١٠٤٠، شبير ، القواعد والضوابط الفقهية ، ص٣٣٣ . الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ١٢٣ .

وعند النظر في المعنى الإجمالي للقاعدة : يتبين لنا أن الشخص لا يحل له أي تصرف في أموال الآخرين بدون إذن أصحابها ، أو بدون إذن الشارع الحكيم ، وبالمقابل فأي تصرف في أموال الناس قولا أو فعلا ، وألحق ضررا أو تلفا في تلك الأموال ، فعليه الضمان ووجوب التعويض بالمثل إن كان مثليا ، أو قيميا إن كان قيميا[١].

---

[١] ـ المثلي : هو ما له مثل ونظير في الأسواق ، من غير تفاوت في أجزائه ،أو وحداته ، كالمكيلات والموزونات ، والعدديات المتقاربة من البرتقال والليمون والبيض وغير ذلك ، والثياب المصنوعة ، والكتب المطبوعة الموجودة في السوق.....ونحو ذلك .

أما القيمي : فهو ما ليس له نظير أصلا كالتحف النادرة ، أو ماله نظير ولكن بينهما تفاوت يعتد به في التعامل ، كالحيوانات والأشجار والبناء ، والعدديات المتفاوتة ، كالبطيخ والمانجو ونحوهما ، والأحجار الكريمة كالماس والياقوت ، والكتب المخطوطة .

وفائدة هذ التقسيم تظهر في في بعض الأحكام ، ففي ضمان العدوان يضمن المال المثلي بمثله ما دام موجودا ، فإذا تعذرذلك ضمن بقيمته،وأما القيمي فهو يضمن بقيمته ابتداء لتعذر المماثلة ،ودليل ذلك حديث الصحابي أنس الذي رواه الترمذي :حين أهدت بعض أزواج النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ طعاما في قصعة ، فضربت عائشة ـ رضي الله عنها ـ بيدها القصعة ، فألقت ما فيها، فقال لها رسول الله ـ عليه أفضل الصلاة و أزكى السلام ـ " طعام بطعام ، وإناء بإناء" .

انظر: شلبي ، محمد مصطفى ، المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه ، دار النهضة العربية ، بيروت ، لبنان ، ١٤٠٣ هـ / ١٩٨٣ م . ص ٣٣٦ .

ثالثا
بعض الأمثلة التطبيقية على القاعدة

في هذا المطلب نحاول أن نورد بعض الأمثلة التطبيقية على هذه القاعدة الهامة في نظرية الضمان ، وبعض المسائل العصرية التي خرج عليها الفقهاء ، وهي بما يلي:

١ ــ غصب شخص مال آخر بوضع اليد عليه بدون إذن ولا توكيل فهذا محظور، ويجب عليه رد العين ، وإذا تلف وجب الضمان[١].
٢ ــ أتلف شخص مال غيره بالآكل ، أو الحرق ، أو في الإلقاء بالنار،أو في البحر، فإنه يضمن لأنه لا يجوز له أن يتصرف في ملك غيره بلا إذنه[٢].

٣ ــ إذا أتلف شخص ملك غيره ، فإنه ضامن بكل حال ، سواء أجازه المالك أم لا ، لأن الإجازة لا تلحق الإتلاف[٣].
٤ ــ يجوز للشخص هدم حائطٍ أو منزل جاره ، بإذن الحاكم تطويقا لحريق نشب في داره ، ومنعا لسرايته إلى دور الآخرين ، فإنه يجوز له ذلك شرعا[٤].

٥ــ لا يجوز المشي في بستان الغير ولا السكن فيه ،حتى لا يجوز إجابة دعوة من سكن في بستان مغصوب ولا عيادته[٥].
٦ ــ لا يجوز لمن ليس له حق المرور في طريق خاص ، أن يفتح باباً على ذلك الطريق بلا إذن مالكه ، فإن فعل كان لصاحب الطريق طلب سدّ الباب[٦].

٧ ــ لا يجوز أن تبيع الأم مال ولدها الصغير لنفقتها ، إذ لا ولاية لها في التصرف حال الصغر ، ولا في الحفظ بعد الكبر[٧].
٨ ــ لا يجوز لأحدٍ أن يستخدم جدار الغير ، بأن يضع عليه سقف بيته ، بلا إذن جاره ، وإذا فعل ذلك كان لجاره حق طلب رفع ذلك[٨].

٩ ــ يجوز لصاحب الفندق طلب التعويض ، من النزيل الذي لم يبذل العناية المطلوبة بأثاث الغرفة ومستلزماتها ، وألحق ضرراً بممتلكات الفندق[٩].
١٠ ــ تعتبر الحجرة المفروشة في الفندق مسكناً للنزيل ، فلا تعتبر مكاناً عاماً ، وبالتالي لا يحق لرجال الشرطة دخول الغرفة دون الحصول على إذنٍ بذلك[١٠].

---

(١) ـ الزرقا : شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٦١ .
(٢) ـ المرجع السابق ، ص ٤٦١.
(٣) ـ المرجع السابق ، ص ٤٦٢ .
(٤) ـ الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ٢٠٩ .
(٥) ـ البورنو ، الوجيز في إيضاح القواعد ،ص ٣٩٠ .
(٦) ـ المرجع السابق.
(٧) ـ المرجع السابق .
(٨) ـ المرجع السابق .
(٩) ـ انظر : عابدين ، التعويض بين المسؤولية العقدية والتقصيرية ، ص ١٥٠ .
(١٠) ـ انظر:علي المتيت ،جرائم الإهمال، ص ٢١٧ ، وهذا المثال يدل على حرمة المنازل فلا يدخلها أحد إلا بإذن أهلها.

القاعدة الثامنة
" لا يجوز لأحد أخذ مال أحدٍ بلا سبب شرعي"[١]

أولا
معنى القاعدة

أن المسلم لا يجوز له ، ولا لأحد ما ، أن يأخذ مال أحدٍ من الناس بسبب لا يمت بصلة بأسباب الشرع الحنيف في التملك أو أسباب الملكية وهي :

أ ــ إحراز المباحات : مثل حيازة الماء في المنابع ، و الكلأ في المنابت و الأشجار في البراري ن وصيد البر والبحر ، ويشترط أن لا يكون قد سبق إلى إحراز هذه المباحات شخص سابق ، فلو جمع إنسان ماء البحر في إناء فليس لغيره أن يأخذه.

ب ــ العقود فهي كالبيع والإجارة والهبة والكفالة والنكاح والخلع والوقف وغيره.

جـ ــ الخليفة (بفتحتين مع تشديد الياء) : فهي حلول شخص محل شخص كالإرث ، وحلول شيء عن شيء كالتضمين أو التعويض.

د ــ التولد عن المملوك: فهو لصاحبه ، وهذا عملا بقاعدة " ما يتولد أو ينشأ عن المملوك مملوك " ، فمالك الأصل هو أولى بفرعه من سواه ، مثل ثمرة الشجرة ، و ولد الحيوان ، وصوف الغنم ولبنها ...كلها مملوكة لصاحب الأصل .

و ما عدا تلك الأسباب فيمنع التملك عن طريقها ، كالتملك عن طريق الظلم والاستغلال ، بالربا و الاحتكار والقمار والغصب والسرقة ، أو التملك عن طريق الغش والخداع في السلع ، أو عن طريق الاتجار بالغير ، كالاتجار مع العدو ، أو الاتجار بالخمر ، أو القمار، و المخدرات[٢].

فالمعنى الإجمالي:
أنه ليس للشخص أخذ مال أحد ، بسبب غير مشروع كالغصب والسرقة والرشوة سواء أكان الآخذ جاداً أم هازلاً أم ناسياً ، لأن حقوق الناس في الشرع محترمة ، وبالتالي فمن أخذ مال أحد بوجه غير مشروع ، وجب عليه أن يرده إليه ، وإن هلك قبل رده لزمه الضمان ، وهذا هو مقتضى مفهوم القاعدة.

---

[١] ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة ، ٩٧ .
[٢] ـ انظر : الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج ١ / ٢٤٢ . شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣٣٧ . العبادي ، عبد السلام ، الملكية في الشريعة الإسلامية ، مكتبة الأقصى ، الأردن ، الطبعة ١ ، ١٩٧٥ م ، ج ٢ / ص ٣٦ .

ثانيا
أدلة هذه القاعدة

هذه الأدلة التي سوف ننقلها ، تتوافق إلى حد بعيد أدلة القاعدة السابقة ، لكن نذكر بعضها على سبيل الذكر ، مما من شأنه أن يعطي استدلالاً جامعًا لهذه القاعدة ، وهي مايلي :

١ ــ قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : **" على اليد ما أخذت حتى تردّه "**[١].

٢ ــ قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : **" لا يحِلّ مَالُ امرئٍ مسلم إلا بطِيبِ نفسِهِ "**[٢].

٣ ــ قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : **" لا يأخذ أحدكم متاع صاحبه لاعبا جادا ، ومن أخذ عصا أخيه فليردها "**[٣].

فهذه الأحاديث النبوية الشريفة حرّمت أخذ مال المسلم و لو كان شيئا صغيرا أو حقيرا ، حتى ولو كانَ عَصًا ، إلا ما طابت له نفسه ،لأن الغاية من ذلك هو الحفاظ على أموال الناس ، والإضرار بمصالحهم ، وبالتالي هو قمع لأي عدوانٍ على الناس وأموالهم ، وهذا من محاسن الشريعة الغراء.

ثالثا
بعض الأمثلة التطبيقية على القاعدة

١ ــ إذا أخذ المشتري من البائع ، بدلا عن العيب الذي اطلع عليه في المبيع ، ثم زال العيب ، فيجب عليه رد بدل النقصان إلى البائع[٤].

٢ ــ من وضع يده على شيء بالتقادم مدة طويلة من الزمان ، ثم ادعى شخص عليه ، و أثبت أن الشيء مملوك له ، وجب عليه ديانة ردّ الشيء للمدعي ، لأن التقادم شرعا لا يصلح سببا من أسباب كسب الملكية[٥].

٣ ــ لا يجوز استرداد العين الموهوبة من الموهوب له ، بدون رضا من عليه الحق[٦].

٤ ــ إذا ارتكب الخادم الفعل الذي ترتب عليه الضرر لا لتأدية واجباته فالتعويض عليه[٧].

٥ ــ يجب إشهار إفلاس التاجر الذي يتوقف عن دفع ديونه في تاريخ استحقاقها وسقوط حقوقه المدنية والمهنية[٨].

٦ ــ الحكم بالتعويض لصاحب الأرض التي تعطلت زراعتها بسبب قيام الحكومة بإنشاء مصرف[٩].

٧ ــ تحويل أموال الزكاة في السعودية ، إلى مؤسسة الضمان كتعويض لها ، لما تنفقه في بعض المصارف[١٠].

---

[١] ـ هذا الحديث رواه أبو داود (٢ /٢٦٥) ، والترمذي (٤ /٤٨٢) وقال حديث حسن، وابن ماجه (٢ / ٨٠٢).

[٢] ـ هذا الحديث رواه الإمام أحمد في مسنده (٥ / ٧٢) .

[٣] ـ هذا الحديث رواه أبو داود من حديث عبد الله بن السائب بن يزيد عن أبيه عن جده ، وقال حديث حسن .

[٤] ـ الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ٢١١ .

[٥] ـ المرجع السابق ، ص ٢١١.

[٦] ـ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٦٦ . الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٥١٢ .

[٧] ـ انظر : عابدين ، التعويض بين المسؤولية العقدية والتقصيرية ، ص ١٢٠..

[٨] ـ المرجع السابق ، ص ٣١١.

[٩] ـ انظر : عابدين ، التعويض بين المسؤولية العقدية والتقصيرية ، ص ١٥٣ .

[١٠] ـ عقلة ، محمد الإبراهيم ، التطبيقات التاريخية والمعاصرة لفريضة الزكاة ، دار الضياء ، عمان ، الأردن ، الطبعة١ ، ١٤٠٦هـ/١٩٨٥ م ، ص ١٧٥ .

القاعدة التاسعة
" الجواز الشرعي ينافي الضمان "[١]

أولا
معنى القاعدة

معنى الجواز الشرعي : هو كون الأمر مباحًا، غير ممنوع في الشرع الحنيف بأي وجه من الوجوه ، فعلا كان أو تركا.
ينافي الضمان : أي لا ضمان على الفاعل ، ولا يسأل مسؤولية مدنية لما حصل منه من التلف ، لأنه أمر جائز.

فالمعنى الإجمالي لهذه القاعدة :
أنه لا يترتب على شخص الضمان بسبب فعله أو عدم فعله شيئا إذا كان ذلك منه جائزا شرعيا ، وهذا في حالة ما إذا كان الفعل الضار على الجواز المطلق وغير ممنوع في الشرع ،فلا ضمان بالتالي على الفاعل ولا يسأل ولا يتبع مسؤولية مدنية [٢].

ثانيا
أدلة هذه القاعدة

نورد إن شاء الله هذه الأدلة من النصوص الشرعية على هذه القاعدة، وهي ما يلي:

١ ــ روي أن رجلا كان يسير بأمه على حمار ، فجاء رجل على فرس يركض ، فنفر الحمار من وقع حافر الفرس ، فوثب الحمار، فوقعت المرأة فماتت ، فاستأذن ابن المرأة على عمر بن الخطاب ــ رضي الله عنه ــ فقال عمر:ضَرَبَ الحمارَ ؟. قال : لا ، فقال : أصابَ الحمار من الفرس شيءٌ ؟ . قال : لا ، قال : أمك أتت على أجلها فاحتسبها "[٣].

٢ ــ مرّ سيدناعمر تحت ميزاب العباس ــ رضي الله عنهما ــ فقطرت عليه قطرة، فأمر بقلعِه.فخرج العباس ،وقال : قلعْتَ ميزابا نصبه رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ فقال عمر:لا ينصبه إلا من يرقىعلى ظهري،فانحنىعمروصعد العباس على ظهره فوضعَه[٤].

---

[١] ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة ، ٩١ .
[٢] ـ انظر : الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ٢ / ١٠٣٥ . الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٤٩ . الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص(٢١١ ـ ٢١٢) .
[٣] ـ الزرقا ، الفعل الضار والضمان فيه ،ص ٤٩ .
[٤] ـ نفس المرجع السابق ، ص ٥٠ .

ثالثا
بعض الأمثلة التطبيقية على هذه القاعدة

وهي بما يلي :

١ ـــ لو حفر إنسان بئرا في ملكه الخاص به ، أو في طريق العام و لكن بإذن ولي الأمر ، فوقع فيها حيوان رجل ،أو وقع فيها إنسان فهلك ، لا يضمن حافر البئر شيئا ، فحفر البئر فعل مباح[١].

٢ ـــ لو حمّل المستأجر الدابة المأجورة قدر المعتاد فهلكت ، فإنه لا يضمنها لأن فعله جائز ، أما لو حَمّلها أكثر من المعتاد فإنه يضمنها[٢].

٣ ـــ إذا أذن الحاكم بفعل كهدم جدار أو دار أثناء الحريق ، أو كالإنفاق على الأقارب من ودائع الأموال الخاصة بشخص غائب ، فلا ضمان على الهادم و الوديع ، للإذن بذلك لمصلحة عامة[٣].

٤ ـــ إذا تصرف الشريك بأموال الشركة بما تقتضيه التجارة عادة كالبيع ، أو كرهن شيء من المال ، أو استئجار محل لتخزين البضاعة ، أو المضاربة بمال الشركة و نحو ذلك ، فإنه لا يضمن شيئا من الضرر المترتب على فعله[٤].

٥ ـــ إذا كلف إنسان آخر ببيع عقار ، وعند ذهاب الآخر لمعاينة العقار، أصاب خطأ زيدًا من الناس ، هنا لا يسأل الموكِل عن الحادث ، لانعدام الرابطة أو الصلة بينها وبين العمل ومحل الوكالة[٥].

٦ ـــ إذا أثبت المدرس أنه لم يكن في استطاعته ، منع الحادث الذي سبب الضرر للتلميذ المهمل ، انتفت المسؤولية عنه [٦].

٧ ـــ لو أن صاحب حديقة حفر فيها بئرًا لاستخراج المياه ، ولم يضع حول هذا البئر حواجز أو علامات مميزة ، وأثناء سير شخصٍ ما في الحديقة ، فوقع في البئر و مات على الفور ، فلا شيء على صاحب الحديقة[٧].

---

[١] ـ الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٨٩ ـ٤٩٠ .
[٢] ـ الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ٢ / ١٠٣٥ .
[٣] ـ الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ٢١٢ .
[٤] ـ نفس المرجع السابق ، ص ٢١٣ .
[٥] ـ عابدين ، التعويض بين المسؤولية العقدية والتقصيرية ، ص ١٢٣ .
[٦] ـ نفس المرجع السابق ، ص ١١٦ .
[٧] ـ انظر: علي المتيت ، جرائم الإهمال ، ص ١٦٣ .

القاعدة العاشرة
" الخراج بالضمان "[١]

هذه القاعدة الهامة في نظرية الضمان ، هي في الأصل نصّ حديث نبوي شريف ،اقتبسه الفقهاء وجعلوه قاعدة فقهية ، وتكمن أهمية هذه القاعدة أنها من القواعد المهمة في الفقه الإسلامي ، لكونها تتعلق بكثير من أبواب المعاملات المالية خصوصا ، من بيع وإجارة ، وكفالة، و وكالة ، وشركة ،و رهن وغير ذلك . وفيما يلي نحاول أن نبين معنى القاعدة ودلالة مفرداتها ،و أدلتها ، ونورد في الأخير بعض تطبيقاتها العصرية.

أولا
معنى القاعدة

لمعرفة حقيقة هذه القاعدة لا بد من بيان معنى مفرداتها أولا.

ــ **فمعنى الخراج لغة** : هو مأخوذ من خرج يخرج خروجا و مخرجا ، وأصله في اللغة العربية النفاذ عن الشيء ، ويطلق على الغلة والإتاوة[٢].
فالخراج في اللغة هو الناتج من غلة الأرض ونحو ذلك ، فكل ما خرج من شيء ما ، فهو خراجه، ومثال ذلك : ثمرة الشجرة ،ومنفعة الدار ،وأجرة الدابة ونسلها ودرّها ونحو ذلك.
والضمان هو الالتزام بالتعويض المالي عن ضرر بالغير.

ــ **ومعنى "الخراج" عند الفقهاء:**
١ ــ عرفه ابن نجيم في أشباهه ،بقوله :" الخراج هو غلة العبد ، يشتريه الرجل فيستعمله زمانا ، ثم يعثر منه على عيب دلسه البائع فيرده ويأخذ جميع الثمن ويفوز بغلته كلها،لأنه كان في ضمانه ، ولو هلك هلك من ماله ، فكل ما خرج من شيء فهو خراجه ، فخراج الشجر ثمره ، وخراج الحيوان دره ونسله"[٣].

٢ ــ وذكره السيوطي في أشباهه أيضا بقوله : " الخراج معناه ما خرج من الشيء : من غلة و منفعة وعين ، فهو للمشتري عِوضَ ما كان عليه من ضمان الملك ، فإنه لو تلف المبيع كان من ضمانه فالغلة له ، ليكون الغنم في مقابلة الغرم "[٤].

٣ ــ عرفه الشيخ الزرقا بقوله : "خراج الشيء ما حصل منه ، والذي يكون منه بمقابلة الضمان ما كان منفصلا غير متولد ، كالكسب والأجرة والهبة والصداقة ، فإنه يطيب لمن كان عليه الضمان"[٥].

---

[١] ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٨٥ .
[٢] ـ ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ٢ / ١٧٥ .
[٣] ـ ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٧٥ .
[٤] ـ السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ١٧٦ .
[٥] ـ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٢٩ .

٤ ــ وعرفه الأستاذ الجليل مصطفى الزرقا:"أن استحقاق الخراج سببه تحمل الضمان ، أي تحمل تبعة الهلاك . فمنافع الشيء وغلته يستحقها من يكون هو المتحمل لخسارة هلاك ذلك الشيء لو هلك ، فيكون استحقاق الثمرة في مقابل تحمل الخسارة "[١].

٥ ــ ومما سبق يمكننا أن نعرف هذه القاعدة :
" هو أن من يُسأل عن ضمان شيء عند تلفه ، له الحق في الانتفاع به ،وذلك في مقابل تحمله لتبعات هلاك الشيء أثناء بقائه عنده ".

[١] ـ الزرقا ، المدخل ، ٢ / ١٠٣٧ .

ثانيا
أدلة هذه القاعدة

هذه القاعدة رغم كونها أن أصلها حديث نبوي ، لكن نستدل بها بأدلة هي كالتالي:
١ ـ قوله تعالى : " أم تسألهم خرْجًا فخَراجُ ربِّك خيرٌ وهو خَيْر الرازقِين"[١].

فمعنى الخراج هو الدخل والمنفعة والأجر والمال ،ويقال للعبد إذا كان لسيده عليه ضريبة مخارج ، ومن هذا قوله تعالى في الآية[٢].

٢ ـ ما روت السيدة عائشة ـ رضي الله عنها ـ قالت : أن رجلا ابتاع غلاما ، فأقام عنده ما شاء الله أن يقيم ، ثم وجد به عيبا ،فخاصمه إلى النبي ـ صلى الله عليه وسلم ـ فرده إليه ، فقال الرجل : يا رسول الله قد استغل غلامي . فقال رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ : " الخراج بالضمان "[٣].

٣ ـ ومن المعقول : القياس على أصل " من ملك شيئا ملك منافعه " ، فالعين المملوكة إذا هلكت تهلك على مالكها ، والعين المشتراة قبل الرد بالعيب ،إذا هلكت تهلك على المشتري إذا كانت في يده فبالتالي له منفعتها[٤].

٤ ـ إن هذه القاعدة تمثل قاعدة هامة عند التخاصم والنزاع،فالمشتري مثلا يريد الحصول على منفعة العين كاملة ، ولذلك فهو يعطي المال من أجلها ، فإذا تم البيع وقبض المشتري العين فقد دخلت في حيازته وضمانه،فهو الذي يتحمل خطر التلف والهلاك،فإن اطلع على نقص فيها ولا يد له في هذا النقص،جاز له أن يرجع على البائع بجزء من الثمن....[٥].

---

[١] ـ سورة المؤمنون ، الآية ٧٢ .
[٢] ـ انظر : جمعة ، القواعد الفقهية المستخرجة من إعلام الموقعين ، ص ٤٥٧ .
[٣] ـ سبق تخريج هذا الحديث في الفصل الأول ص٢١ .
و هذا الحديث الشريف من جوامع الكلم ، حتى إن بعض أهل العلم قال لا يجوز نقله بالمعنى ، أي لا يجوز رواية الحديث بالمعنى إذا كان من جوامع الكلم . انظر :ابن نجيم ، الأشباه والنظائر،١٧٥ .
[٤] ـ انظر ، شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣١٣ .
[٥] ـ انظر : معابدة ، قاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها ، ص ٣١ ـ ٣٢ .

ثالثا
تطبيقات هذه القاعدة

نورد بعض تطبيقات هذه القاعدة مما ورد في كتب الفقهاء بما يلي :

١ ــ لو رد المشتري المبيع بعد قبضه بخيار العيب ،وكان قد استعمله مدة لا يلزمه أجرته ، لأنه لو كان قد تلف في يده قبل الرد لكان يتلف من ماله[١].

٢ ــ لو اشترى شخص شاة ، وولدت عنده ، ثم ردها للبائع بعيب فالولد للمشتري[٢].

٣ ــ لو اشترى شخص شجرة فأثمرت عنده ، ثم ردت للبائع ، فالثمرة للمشتري[٣].

٤ ــ لورد المشتري على البائع سيارة أجرة بخيار العيب بعد أن استعملها أسبوعا،لا تلزم المشتري أجرة تلك المدة ، لأنه لو تلف حال وجوده عنده كان عليه ضمان المثل أو القيمة[٤].

٥ ــ الشريك في شركة الأعمال يستحق الربح ولو لم يعمل،وذلك بسبب ضمانه العمل[٥].

٦ ــ لو وهب شخص هبة لآخر فأجّرَها،ثم رجع الواهب عن هبته،فالغلة للموهوب له[٦].

٧ ــ إذا باع شخص سيارة لآخر ــ وكانت مثلا سيارة أجرة ــ بخيار العيب ،أثناء مدة الخيارعملت السيارة ،فأجرها للمشتري ،لأنها أذا تلفت قبل الخيار ، فالمشتري ضامن ،ويكون الخراج له[٧].

٨ ــ في عقد المضاربة يقدم رب المال رأس المال ، إلىعامل المضاربة والضمان عليه ، فالربح مستحق بالضمان عليه ، وإن خسر فيتحملها رب المال ، فالربح هو الخراج الحاصل من استغلال رأس المال ، فهذا المعنى هو الخراج بالضمان[٨].

٩ ــ ما ذكره العلامة يوسف القرضاوي في كتابه القيم " فقه الزكاة " في مسألة إعطاء القرض الحسن من الزكاة :أعتقد أن القياس الصحيح ومقاصد الإسلام يجيز لنا القول بإقراض المحتاجين من سهم الغارمين ، وينظم له صندوق خاص ، فتعطى القروض الحسنة الخالية منالربا ، ثم ترد إلى بيت المال ، وبذلك تسهم الزكاة في محاربة الربا ، والقضاء على الفوائد الربوية[٩].

---

(١) ـ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٢٩ .
(٢) ـ الزركشي ، المنثور في القواعد ،٢ / ١٩٢.
(٣) ـ السيوطي ،الأشباه والنظائر ، ص ١٢١ .
(٤) ـ انظر : شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣١٥ .
(٥) ـ المرجع السابق ، ص ٣١٥ .
(٦) ـ الزركشي ، المنثور في القواعد ، ١ / ١١٩.
(٧) ـ معابدة ،قاعدة الخراج بالضمان ، ٣٤ .
(٨) ـ المرجع السابق.
(٩) ـ القرضاوي ، يوسف ، فقه الزكاة دراسة مقارنة لأحكامها وفلسفتها في ضوء القرآن والسنة ، مؤسسة الرسالة ، الطبعة الخامسة ، ١٤٠١ هـ / ١٩٨١ م ، ج ٢ ،٦٣٤ .

القاعدة الحادية عشرة
" الغُـرْم بالغُـنْم "[١]

هذه القاعدة أيضا هي مستفادة من النص النبوي الشريف السابق " الخراج بالضمان"،وهي عكس ما أفادته القاعدة السابقة . وفي ما يلي بيان معناها وشرح مفرداتها ، وأدلتها،وسوف نورد كذلك بعض التطبيقات التي خرج عليها الفقهاء.

أولا
معنى القاعدة

ــ الغرم في اللغة : من غرم في تجارته أي إذا خسر ، ويقال : أغرم أي أدى غرما ومغرما وغرامة ،ويتعدى بالتضعيف(تشديد الراء) فيقال :غرمته وأغرمته جعلته غارما.
وأصل الغرم في اللغة يدل على الملازمة[٢].
أما الغرم في الاصطلاح :" هو ما يتحمله الغريم في ماله ،تعويضا عن ضرر بغير جناية ولا خيانةٍ " ، " من ينال نفع شيء يجب عليه أن يتحمل ضرره "[٣].

ــ أما الغنم في اللغة : هو من غنمت الشيء ، أغنمه غنما ، أصبته غنيمة ومغنما.
أما الغرم في الاصطلاح : هو ما يدل على إفادة شيء لم يملك من قبل[٤].

ــ فالمعنى الإجمالي للقاعدة :
أن صاحب المنفعة يتحمل الخسارة ، أي أن التكاليف والخسارة التي تحصل من منفعة ذلك الشيء تكون على من يستفيد منه شرعا ، فكما أن مالك المنعة يختص بالغنم ولا يشاركه فيه أحد طبعا ، فكذلك يتحمل الغرم ولا يتحمل معه أحد .هذه القاعدة نرى أنها تحمل معنى العدالة الاجتماعية ، وكذا التوازن بين النفع و الضرر[٥].

ثانيا
أدلة هذه القاعدة

سبق أن ذكرنا أن هذه القاعدة هي أصلا مستفادة من مفهوم الحديث النبوي "الخراج بالضمان " ، فهي تعتبر مقابلة لهذه القاعدة ، والتي جرت مجرى القواعد[٦] .

---

(١) ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٨٧ .
(٢) ـ الفيومي ، المصباح المنير ، ص ٦١٠ . ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ٤ / ٤١٩ .
(٣) ـ قلعجي وقنيبي ، معجم لغة الفقهاء ، ص ٣٣٠ . حيدر ، درر الحكام ، ١ / ٧٩ .
(٤) ـ ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ٤ / ٣٩٧ . الفيومي ، المصباح المنير ،ص ٦٢٢ .
(٥) ـ انظر : شبير ، القواعد الكلية ،ص ٣١٦ ، الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص٢١٥، الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ١١، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٩٤ ، جمعة ، القواعد الفقهية ، ص ٤٥٨ ، زيدان ،عبد الكريم ، الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية ، مؤسسة الرسالة ، بيروت ، لبنان ، الطبعة ١، ١٤٢٤ هـ / ٢٠٠٣ م ص١٥٠.
(٦) ـ هذه القاعدة" الغرم بالغنم " تقابل قاعدة " الخراج بالضمان "، فكما أن الغرم يقابل الغنم ، كذلك فالخراج يقابل الضمان .

ثالثا
بعض التطبيقات على هذه القاعدة

تعد هذه القاعدة أساسا في العدالة الاجتماعية والتوازن بين النفع والضرر، وعليه فيمكن ذكر بعض الأمثلة التطبيقية التي خرج عليها الفقهاء ، ثم نورد بعض المسائل العصرية على هذه القاعدة ، وهي كما يلي:

١ ـ إن أجرة كتابة صك المبايعة على المشتري ، لأنها توثيق لانتقال الملكية عليه وانتفاعه بها[١].

٢ ـ إن مؤونة تعمير من يرغب من الموقوف عليهم ، في سكنى العقار الموقوف لسكناهم ، فإنها عليهم بمقابلة سكناهم فيه[٢].

٣ ـ يتحمل بيت المال نفقة اللقيط ، وهو الطفل المنبوذ المجهول النسب ،لأنه تعود تركته إلى بيت المال إذا مات [٣]،لأن دية اللقيط على بيت المال، فتركة ماله لبت المال .

٤ ـ إن نفقة ومؤونة تعمير الملك المشترك ، وترميمه على الشركاء بنسبة حصصهم ، بمقابلة انتفاعهم به انتفاع الملاك[٤].

٥ ـ على المرتهن أجرة حارس المرهون ، لأن المرتهن هو الذي يستفيد من المرهون بتأمين و توثيق حقه[٥].

٦ ـ لما كان الانتفاع بالنهر المشترك لعموم المنتفعين القريبين منه ، كان كري النهر (تنظيفه من الطمْي) على هؤلاء المنتفعين بقدر حصص انتفاعهم بالنهر[٦].

٧ ـ إن نفقة رد العارية إلى المعير يلتزم بها المستعير ، بخلاف رد الوديعة فإن كلفته على المالك المودِع ، لأن الإيداع لمصلحته[٧].

٨ ـ من أعطى سيارته لأحد أقاربه مجاملة للتنزه بها ، ووقع له حادث بها ، فالتعويض عليه فالغرم بالغنم[٨]، سواء أعطاها كيد أمانة أو يد ضمان ،فقد قصر فيها فعليه الضمان.

٩ ـ من استأجر أرضا من الحكومة لزراعتها ، فعليه تحمل تبعاتها من إصلاح الأرض وتهيأة تربتها وكافة لوازمها[٩].

---

(١) ـ الزرقا ،شرح القواعد الفقهية ،ص٤٣٨. الزرقا ، المدخل ،٢/ ١٠٣٨.شبير، القواعد الكلية ص ٣١٦ .

(٢) ـ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٣٧ . زيدان ، الوجيز ، ص ١٥١ .

(٣) ـ الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٩٥ .

(٤) ـ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٣٧ ، الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٥٩ . حيدر ، درر الحكام ، ١ / ٧٩ ،.زيدان ، الوجيز ، ص ١٥٠. شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣١٧ .

(٥) ـ الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ٢١٦ . شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣١٦ .

(٦) ـ شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣١٧ .

(٧) ـ الزرقا ، المدخل ، ٢ / ١٠٣٨ . الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٤١٢ .

(٨) ـ انظر : علي المتيت ، جرائم الإهمال ، ص ٢٧٢

(٩) ـ انظر عابدين ، التعويض بين المسئولية العقدية والتقصيرية ، ص ١٤٩ . .

القاعدة الثانية عشرة
" النعمة بقدر النقمة والنقمة بقدر النعمة "[١]

تعتبر هذه القاعدة مكونة من جملتين : أولاها: النعمة بقدر النقمة ،وثانيها :النقمة بقدر النعمة .
فالجزء الأول من هذه القاعدة مرادف لقاعدة " الخراج بالضمان " .
أما الجزء الثاني من هذه القاعدة كذلك مرادف لقاعدة " الغرم بالغنم " .

أولا
معنى القاعدة

المقصود من هذه القاعدة بجزئيها ، هو إفادة أصل المقابلة ، وهو كون الخراج لقاء الضمان ، وكذا يكون الغرم مقابل الغنم ، بقطع النظر عن كون أحدهما بقدر الآخر ، فإن المراد بهذه المادة أن أحدهما يكون بقدر الآخر....."[٢].
وبذلك فكل نعمة يجدها الإنسان من شيء ، فعلى قدرها تكون كلفته ومشقته ، فالنعمة بقدر الكلفة والمشقة[٣].

ثانيا
بعض الأمثلة التطبيقية على هذه القاعدة

نورد بعض الأمثلة التطبيقية على هذه القاعدة ، كما يلي :
١ ـ تعمير الملك المشترك بين اثنين يكون على قدر الحصص[٤].
٢ ـ إذا كان حيوان مشترك بين اثنين ، وأبى أحدهما عن تربيته ، وراجع الآخر الحاكمَ ، فالحاكِم يجبره على البيع ، أو على التربية ، لأن النعمة بقدر النقمة[٥].
٣ ـ ميزانية الدولة أو الخزينة العامة للدولة ، هي التي تتحمل نفقة اللقطاء وتربيتهم ، مقابل استحقاقها تركتهم إذا ماتوا بدون وارث[٦].
٤ ـ الحكومة هي التي تتحمل دية القتيل ، الذي لم يعرف قاتله ، مقابل أخذها تركة من لا وارث له[٧].
٥ ـ على الزوجة إطاعة زوجها في غير المعاصي ، مقابل التزامه بالإنفاق عليها [٨].
٦ ـ إن إصلاح وصيانة العقار المشترك كعمارة سكنية مثلا ، تكون على الشركاء وفق حصصهم ، في ذلك العقار المشترك ،لأنه كما أنهم ينتفعون بذلك العقار ومرافقه ،فإن الغرم الذي يأتي فيه يكون على أصحابه .

---

(١) ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة : ٨٨ .
(٢) ـ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٤١ .
(٣) ـ انظر : الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٩٨ . الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ١٠٣٨/٢ .الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ٢١٦ .
(٤) ـ الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٩٨ .
(٥) ـ المرجع السابق .
(٦) ـ الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ٢١٦ .
(٧) ـ المرجع السابق ، ص ٢١٦
(٨) ـ المرجع السابق ، ص ٢١٧ .

القاعدة الثالثة عشرة
" الأجر والضمان لا يجتمعان "(١)

تعتبر هذه القاعدة حنفية النسب(٢) ،أي أنها قاعدة خاصة بمذهب الحنفية دون غيرهم ، بحيث اعتبرها الحنفية أساسًا للرأي الذي أخذوا به،و هوعدم ضَمَان منافع المغصوبات(٣).

أولا
معنى القاعدة

نبدأ أولا بشرح مفرداتها ، ثم نعرض لبيان معناه على سبيل الإجمال .
ـ الأجر : هو مقابل المنفعة عن مدة زمنية .
ـ الضمان : هو الغرامة بقيمة الشيء بإعطاء مثله إن كان مثليا ، و قيمته إن كان قيميا.
ـ لا يجتمع الأجر والضمان : بمعنى لا يجتمعان معًا في محل واحد ،من أجل سبب واحد في اتحاد الجهة ، لأن الضمان يقتضي التملك ، والمالك لا أجر عليه ، والأجر يقتضي عدم التملك ، وبينهما منافاة (٤).

فالمعنى الإجمالي للقاعدة :
أن ما يجب فيه الضمان بالضرورة لا تجب فيه الأجرة ، لأن الضمان يحمل معنى التملك ، فالضامن كالمالِك ، وبالتالي فالمالك لا يدفع أجرة عما يملكه، فكذلك الضامن لا يدفع أجرة (٥) ، وعلى هذا من استأجر شيئا ثم أتلفه بتعدٍّ منه أو تقصير، فإنه يضمن ما أتلفه بالمثل أو بالقيمة ولا أجرة عليه .

وقد استدل الحنفية بدليل قوله تعالى :" **وأحل لكم ما رواء ذلكم أن تبتغوا بأموالكم** "(٦) ، فشرط في الإباحة أن تبتغي بالأموال ، والمنافع ليست بمال(٧).

---

(١) ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة : ٨٦ .
(٢) ـ هذا التعبير عبر به الأستاذ الجليل مصطفى الزرقا ـ رحمه الله ـ ،انظر : الزرقا ، المدخل ، ٢ / ١٠٣٨ .
(٣) ـ اعتبر الحنفية أن المنافع ليست بأموال ، فالمال عندهم مقصور فقط على الأشياء المادية ، وأما المنافع فليس لها وجود مادي ، وبناء عليه فلا تضمن عندهم منافع المغصوب ، سواء استوفاها الغاصب أم عطلها ، إذا كان المغصوب سيارة مثلا أو دابة فلا يلزم بضمان أجر المثل مدة الغصب ، لأنه ليس للمنفعة مثل فلا يمكن الحكم ببدلها ، ولكن يؤاخذ الغاصب ديانة في الآخرة ، واستدل الحنفية بقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ " الخراج بالضمان " أي بمعنى الغنم بالغرم. لكن وُجه إلى الحنفية نقد شديد بهذا الرأي بعدم اعتبار المنافع ، لمجافاته المصلحة ،وعدم تمشيه مع الواقع ، وإهداره للحقوق ،لأن الأموال لا يحرص عليه إلا من أجل منافعها ، فكيف لا تكون المنافع متقومة ؟ .وأمام هذا النقد الشديد، ونظرا لكثرة المغصوبات ، وإهدارحقوق الناس وأموالهم ومصالحهم ، وكذلك ضعف الدين والورع في النفوس ، و من أجل حفظ هذه الحقوق وصونًا لأموال الضعفاء ، أفتى متأخروا الحنفية بضمان منافع المغصوب ،والإلزام بدفع أجر المثل عن مدة الاستعمال ، وقد التزمت مجلة الأحكام العدلية بمذهب الحنفية بهذا الرأيمن المواد(٥٩٦ ـ ٥٩٩) ، لأنه إن كانت المنافع ليست بأموال متقومة كما يرى الحنفية ، فكيف إذن تجري عليها التصرفات الشرعية التي أجيزت استحسانا ،إذ كيف تجري التصرفات الشرعية على معدوم . انظر: الزحيلي ، نظرية الضمان ، ١٢٠ ـ ١٢١ ـ ١٢٢ . الزحيلي ، القواعد الفقهية ،٤٩٩. أبو زهرة ، محمد ، الملكية ونظرية العقد ، دار الفكر العربي ، مصر ، ص ٥٨ .
(٤) ـ انظر: الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص٤٣١ .زيدان ،الوجيز،١٤٥.الزحيلي ، القواعد الفقهية، ص ٤٩٩ .
(٥) ـ انظر : زيدان ، الوجيز ، ص ١٤٥ .
(٦) ـ سورة النساء ، الآية ٣٤ .
(٧) ـ انظر : الزنجاني ، تخريج الفروع على الأصول ، ص ٢٢٧ .

ثانيا
مصدر هذه القاعدة عند فقهاء الحنفية

هذه القاعدة من القواعد الهامة في مذهب الحنفية المتقدمين منهم ،أما المتأخرون منهم فقد تراجعوا عن هذا الرأي بسبب تغير الزمان ، وضعف الوازع الديني عند الناس ، وصونا لحقوق الناس وأموالهم ومصالحهم .
ونظرا لأهمية هذا الجانب من الفقه الإسلامي ، فقد أيّد فقهاء الحنفية رأيهم ، لما رأوْه من تحرٍّ للعدل وتحقيقٍ للمصلحة ، وفي هذا المطلب نعرض لأقوال علماء وفقهاء الحنفية المتقدمين والمتأخرين لرأيهم في هذه القاعدة الفقهية :

١ ــ ذكر السرخسي ــ رحمه الله ــ في "المبسوط" "...فأما الإتلاف فنقول : عندنا المنافع لا تضمن بالإتلاف بغير عقد ولا شبهة عقد "[1].
٢ ــ وابن نجيم له رأي خاص كذلك ، بأن المنافع لا تضمن في الأصل ، ولا تستثنى إلا في حالات ، وهذا ملخص قوله ــ رحمه الله ــ : "....منافع الغصب لا تضمن إلا في ثلاث : مال اليتيم ، ومال الوقف ، والمعد للاستغلال "[2].

٣ ــ وخالف العلامة الزنجاني رأيه في عدم تضمين منافع المغصوب ، قوله : "...وأنكر أبو حنيفة رضي الله عنه ، كون المنافع في أنفسها أموالا قائمة بالأعيان . وزعموا أن حاصلها راجع إلى أفعال يحدثها الشخص المنتفع في الأعيان بحسب ارتباط المقصود بها ، فيستحيل إتلافها ،فإن تلك الأفعال كما توجد تنتفي ، والإتلاف عبارة عن قطع البقاء ، وما لا بقاء له لا يتصور إتلافه ، ولكن الأحكام الشرعية غير مبنية على الحقائق العقلية ،بل على الاعتقادات العرفية ، والمعدوم الذي ذكروه مالٌ عرفا وشرعا ، وحكم الشرع والعرف غالب في الأحكام ، والشرع قد حكم بكون المنفعة موجودة مقابلة بالأجرة في عقد الإجارة ، وأثبتت للمنفعة حكم المال "[3].

٤ ــ ذكر الشيخ أحمد الزرقا في ــ شرح القواعد الفقهية ــ ما يفهم منه لِمَ احتج به الحنفية بقولهم بأن منافع المغصوب لا تضمن ، باستعمال القياس ، وذلك بقوله في باب التنبيهات[4] : " كما لا يجتمع أجر وضمان ، لا يجتمع العشر والخراج ، ولا القصاص ولا الدية ، ولا القتل مع الوصية أو الميراث ، ولا الحد مع اللعان ، ولا أجرة الرضاع مع النكاح ، ولا الحد مع ثبوت النسب ...".
٥ ــ أما الأستاذ الجليل مصطفى الزرقا ، فقد علق في كتابه "المدخل "[5] ، منتقداً على مذهب الحنفية على رأيهم هذا بعدم ضمان منافع المغصوب بأنه في منتهى الغرابة ، ولم يُنْـظَر فيه إلى مصلحة التطبيق وصيانة الحقوق ، وليس عليه دليل قوي وواضح من أدلة الشريعة ،فهو يفسح للناس مجالا للنصب والخداع والاحتيال واللعب بأموال الناس بلا بدلٍ ولا تعويضٍ ، وهذا خلاف لجمهور المذاهب الذين يرون اجتماع الأجر والضمان.

---

(1) ـ السرخسي ،أبي بكر بن احمد بن أبي سهل (ت٤٩٠ هـ) ، كتاب المبسوط ،تحقيق أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل ، دار الكتب العلمية ، بيروت ، لبنان ، الطبعة ١ ، ١٤٢١هـ/ ٢٠٠١ / ، جـ٦ /ص ٨٤ .
(2) ـ ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٣٤٠ .
(3) ـ الزنجاني ، تخريج الفروع على الأصول ، ص ٢٢٦ .
(4) ـ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٣٤ .
(5) ـ انظر : الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، جـ٢ / ١٠٣٨ ـ ١٠٣٩ .

ثالثا
بعض التطبيقات على القاعدة

هذه بعض الأمثلة التطبيقية التي استدل بها الحنفية على قاعدتهم ،وهي بما يلي :

١ ـــ استأجر دابة ليحمل عليها ،فحمّلها أكثر دفعة واحدة فتلفت ،فإن كانت تطيق ما حملها ضمن بقدر الزيادة ووجب الأجركله،وإن كانت لا تطيق ضمن كل قيمتها ولا أجرعليه [١].
٢ ـــ من استأجر دابة ، وتعدى إلى مكان آخرَ ، ولم ينتفع مطلقا ، وسلمت الدابة ،فلا أجر عليه ، لأنه في معرض الضمان كالغاصب[٢].

٣ ـــ من استأجر دابة ، وانتفع بها كاملا ، ثم تعدى بتجاوز المكان أو المدة ، وسلمت الدابة ، يجب الأجر كله ، لأنه استقر في ذمته ، مع الإثم للمخالفة[٣].

٤ ـــ لو استأجر شخص دابة للركوب ، فحمّلها حمْلاً بدلاً من الركوب ، فتلفت ، يضمن قيمتها ولا اجر عليه ، لأنها هلكت بفعل غير مسموح به من المؤجر، فصار بذلك غاصبا ، ولا أجرة على الغاصب ، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان[٤].

٥ ـــ لو اشتريت دابة إلى محل معين، فليس للمستأجر أن يذهب بتلك الدابة إلى محل آخر ،فإن ذهب وتلفت الدابة يضمن ، ولا أجر عليه سواء هلكت الدابة أو سلمت ، أما الصورة الأولى : أي هلاك الدابة فلأن الأجر و الضمان لا يجتمعان ، أما الصورة الثانية أي عدم هلاكها، فإن استوفى منفعة بدون عقدٍ ،فيكون غاصبا ،ومنافع المغصوب غير مضمونة[٥].

٦ ـــ لو استأجر شخص دابة مثلا ، ليركبها إلى مكان معين ، فذهب بها رأساً إلى مكان آخر يعتبر متعديا في حكم الغاصب ، ويخرج عن صفة الأمين التي هي الصفة الأصلية شرعا للمستأجر ، فإذا هلكت الدابة عنده قبل ردها إلى مالكها يضمن قيمتها ولا اجر عليه ، لأن الأجر والضمان لا يجتمعان [٦].

---

[١] ـ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ٤٣١.
[٢] ـ نفس المرجع السابق ، ص ٤٣٤.
[٣] ـ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٣٤ . الزحيلي ن القواعد الفقهية ن ص ٥٠١ .
[٤] ـ الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ٢١٧ .
[٥] ـ زيدان ، الوجيز ، ص ١٤٦ . انظر : مجلة الأحكام العدلية ، المادة ٥٤٦ .
[٦] ـ الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، جـ٢ / ص ١٠٣٩ .

القاعدة الرابعة عشرة
" الاضطرار لا يبطل حق الغير "[١]

أولا
معنى القاعدة

تعتبر هذه القاعدة الفقهية في حقيقتها تعتبر تقييد لقاعدة "الضرورات تبيح المحظورات ":

ــ فالاضطرار:
بمعنى الضرورة بحيث يتغير الحكم من الحرمة إلى الإباحة فالمضطر لأكل الطعام قد يرفع عنه الإثم إذا باشر المحظور شرعا،وهذا من أجل دفع الهلاك عن نفسه.

ــ لا يبطل حق الغير :
بمعنى أن المضطر لا يبطل حق الآخرين بتعويض حقوقهم المالية ، وبالتالي يجب ضمانها ، فإن كانت مثلية فمثلية ، وإن كانت قيمية فقيمية .

لأن الشارع الحكيم وإن حكم بإتيان المحظور إلى إتلاف مال الغير بإذن شرعي ، فالضرورة الشرعية تبيح المحظورات ،فهنا يسقط حق الله تعالى في الإثم ، لكن هذا لا يمنع حق تعويض الإنسان من الناحية المادية، ولذلك لا يسقط حق الضمان .
ــ فمن أكل طعام الغير خوف الهلاك على نفسه .
ــ أو استعان بأداة غيره للهرب بها .
ــ أو ركب فرسا للهرب من عدو ظالم يريد قتله.
ففي هذه الحالات عليه التعويض لصاحب المال بما أتلفه[٢].

---

[١] ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة : ٣٣ .
[٢] ـ انظر: شبير، القواعد الكلية ، ص٢٢٧ .زيدان ، الوجيز، ص٨١. الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص٢٢٠ . الزحيلي ، القواعد الفقهية ،ص ٢٦٢ . الزرقا ، المدخل ،٢ /١٠٠٥ . الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٢١٣ .

ثانيا
أدلة هذه القاعدة

استدل الفقهاء على هذه القاعدة بكثير من الأدلة ، لما لها من أهمية في مجالات الفقه الإسلامي من عبادات ومعاملات وعقوبات ، وفيما يلي بعض الأدلة :

١ ــ قوله تعالى :"....**فمن اضطر غير باغٍ ولا عادٍ فلا إثم عليه إن الله غفور رحيم** "[١].

٢ ــ قوله تعالى : " **من كفر بالله من بعد إيمانه إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان** "[٢].

٣ ــ قوله ــ صلى الله عليه وسلم :"**كل المسلم على المسلم حرام دمه وماله وعرضه**"[٣].

٤ ــ قوله ــ عليه الصلاة والسلام:"**لا يحل لامرئ من مال أخيه إلا ما طابت به نفسه**"[٤].

فهذه النصوص الشرعية وغيرها كثير ، تعطي فكرة أن الشريعة وإن كانت أجازت فعل المحظور للمضطر بإسقاط الإثم عنه ،لكن هذا لا يعد إبطالا لحقوق الغير ولا ينافي الضمان و التعويض عنه ، لأن أموال الغير يجب صيانتها والحفاظ عليها.

ثالثا
احتجاج الفقهاء بهذه القاعدة

ومن الفقهاء الذين احتجوا بهذه القاعدة الفقهية المتعلقة بنظرية الضمان ن ما يلي :

١ ــ ذكر العلامة شمس الدين الشربيني في "مغني المحتاج " ، قوله : " لو سقطت جرة على إنسان ، ولم تندفع عنه إلا بكسرها ، جاز له ، بل صرح البغوي بوجوب صيانة روحه ، وإذا كسرها ضمنه في الأصح ، إذ لا قصد لها ولا اختيار حتى يحال عليها ، فصار كالمضطر إلى طعام غيره ، يأكله ويضمنه "[٥].

٢ ــ ذكر ابن رجب في قواعده ، قوله:"...أما الضمان على المتلف وحده ،كما لو اضطر إلى طعام الغير فأكله "[٦].

٣ ــ وخصص ابن نجيم مثالا على معنى القاعدة في أشباهه ، بقوله : " بيع المكرَه يخالف البيع الفاسد ، ... والثمن والمثمن أمانة في يد المكرَه مضمون في يد غيره "[٧].

٤ ــ وذكر السيوطي ــ رحمه الله ــ في أشباهه أيضا قوله : " فلو قدم له غاصب طعاما ضيافة ، فأكله جاهلا ، فقرار الضمان عليه في أظهر القولين "[٨].

٥ ــ وذكر الزنجاني في كتابه "تخريج الفروع على الأصول" ، قوله :"...أن حد الغصب هو إثبات اليد العادية على مال الغير ، وعللوا هذا بأن الضمان ضمان جبر، والجبر في مقابلة فائت"[٩].

---

[١] ـ سورة البقرة ، الآية ١٧ .

[٢] ـ سورة النحل ، الآية :١٠٦ .

[٣] ـ مسلم في صحيحه ، كتاب البر (رقم ٣٢) ، ٤ / ١٩٨٦.

[٤] ـ مسند الإمام أحمد ،(٥/ ١١٣) ، نقلا من كتاب :القواعد الكلية ، للدكتور محمد عثمان شبير ، ص٢٢٧.

[٥] ـ الشربيني ، مغني المحتاج ، جـ ٥/ ٥٥٤ .

[٦] ـ ابن رجب ، القواعد في الفقه ، ص ٢٧٦ .

[٧] ـ ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٣٣٧ .

[٨] ـ السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ٢٤٤ .

[٩] ـ الزنجاني ، تخريج الفروع على الأصول ، ص ٢٢٢ .

رابعا
تطبيقات على هذه القاعدة

من تطبيقات هذه القاعدة التي قررها الفقهاء ،ثم نورد بعض المسائل العصرية بما يلي :

١ ــ من اضطر لدفع الهلاك عن نفسه أن يأكل طعام غيره ، فإن عليه ضمان قيمته [١].

٢ ــ من أكره بملجئ على إتلاف مال الغير ،فإن ضمان قيمة المال على من باشر الإكراه ، لأنه أولى من الفاعل بتحمل التبعة[٢].

٣ ــ لو انتهت مدة الإجارة أو العارية و الزرع بَقلُ لم يحصد بعد ، فإنه يبقى إلى أن يستحصد ولكن بأجر المثل ، لأن اضطرار المستأجر و المستعير لإبقائه ، لا يبطل حق المالك فتلزم الأجرة [٣].

٤ ــ لو علق طلاق زوجته على فعل نفسه الذي لا بد منه ، وكان التعليق في صحته ، و الشرط في مرضه ، يكون فاراً و ترث ، لأن اضطراره إلى فعل ما لا بد منه لا يبطل حق زوجته في الإرث ، فترث [٤].

٥ ــ إذا انقضت مدة إيجار السفينة في أثناء رحلتها البحرية ، وجب تمديد العقد بأجر المثل حتى تنتهي الرحلة ، لأن الاضطرار في هذه الحالة لا يبطل حق الغير[٥].

٦ ــ لو استأجر زورقا على مدة ،وانقضت في أثناء الطريق، تمتد الإجارة حتى الوصول إلى الساحل ، ويعطى المستأجر أجر المثل في المدة الزائدة [٦].
لأن الإجارة كما تنقضي بالأعذار تبقى بالأعذار[٧].

٧ ــ إذا هاجم جملٌ هائجٌ على رجل و كاد يقتله ، كان للرجل قتل الجمل ، لكنه إذا قتله يضمن قيمته [٨].

٨ ــ أن الممرض الذي ينفذ جبراً أوامرَ خاطئة للطبيب ، لا يرتكب خطأ يسأل عنه ، بل الذي يسأل عن الضرر هو الطبيب المخطئ[٩].

---

(١) ـ الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ٢ / ١٠٠٥ .
(٢) ـ نفس المرجع السابق .
(٣) ـ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٢١٤ .
(٤) ـ المرجع السابق ، ص ٢١٤.
(٥) ـ الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ٢٢٢ .
(٦) ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة : ٤٨٠ .
(٧) ـ انظر : زيدان ، الوجيز ، ص ٨١ .
(٨) ـ المرجع السابق ، ص ٨١ ـ ٨٢ .
(٩) ـ ـ الأطرقجي ، مسؤولية مساعدي الطبيب ، ص ٨١ .

١٠ ـــ لو أجبر مالك العقار مقاولاً على بناء خارج التنظيم الحكومي الذي حددته السلطات المختصة ،أو بناء على أرضه بمواصفات مخالفة للسلطة الحاكمة ،فلا أقل من أن يُعَوِّضَ المقاول عما خسر تعويضا كاملا[١].

١١ ـــ من قاد سيارة وارتكب حادثا بعد أن انقطعت مكابح سيارته ،فاضطر إلى إحداث ضرر بالغير ، فهو المسؤول وعليه التعويض[٢].

---

(١) ـ انظر : الأودن ، المسؤولية الجنائية في البناء والهدم ، ص ٣٠ ـ٣١ .

(٢) ـ عابدين ، التعويض بين المسؤولية العقدية والتقصيرية ، ص ١٤٥ .

القاعدة الخامسة عشرة
" ما لا يمكن الاحتراز عنه ،لا ضمان فيه "

أولاً
معنى القاعدة

تبين هذه القاعدة بجلاء ووضوح هنا مدى اليسر والعدل والقضاء والسماحة والاعتدال وعدم التكليف بما لا يطاق ، وإعطاء كل ذي حق حقه .
ولذا فكل شيء يقدر الإنسان أن يتجنبه أو يتحكم فيه ،أو يستطيع الشخص أن يحترز منه أو يحتاط له ، لأنه في نطاق قدرته وطاقته ، فهذا في نظر الشرع يكون سببا موجبا للضمان وتعويض الضرر المادي الذي يلحق بأحدٍ ما ، في حين ما إذا كان الأمر فوق طاقة الإنسان وقدرته ،بحيث فيه مشقة وعنت كبيرين عليه ، وكذلك إن لم يكن يستطيع الاحتراز من هذه الأشياء ،فهذا في نظر الشرع لا يكون سببا موجبا للضمان ، و فلا يكون بالتالي من ورائه أي تعويض مادي ، باعتبار أن ذلك من الضرورات التي قررها شرعنا الحنيف من سعة وعدم ضيق على الناس ،لقاعدة "المشقة تجلب التيسير" ، فكل ما يشق البعد عنه لا يكون سببا موجبا للضمان ، ولأن السياسة الشرعية في التكاليف تكون حسب الاستطاعة"[1].

---

[1] ـ انظر : الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ٢٢٢ . الزرقا ، المدخل ، ٢ / ٩٩٢ الزحيلي ، وهبة ، الفقه الإسلامي وأدلته ، دار الفكر ، دمشق ، الطبعة الثالثة ، ١٤٠٤هـ/١٩٨٩ م ، جـ ٦ / ص ٣٦٨ .

ثانيا
أدلة هذه القاعدة

وقد استدل لها الفقهاء بعدة أدلة نذكر بعضها على سبيل المثال :
١ ــ قوله تعالى : " **يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر** " [١].
٢ ــ قوله تعالى : " **وما جعل عليكم في الدين من حرج** "[٢].
٣ ــ قوله تعالى : " **لا يكلف الله نفسا إلا وسعها** "[٣].
٤ ــ من سنته ــ صلى الله عليه وسلم ــ أنه إذا أمر الصحابة أمراً ، **أمرهم من الأعمال ما يطيقون**"[٤].

فهذه النصوص الشرعية تبين بوضوح ، أن الشارع الحكيم لا يكلف بما لا يطيقه الإنسان من التكاليف وما يشق عليه من حرج على نفسه و ماله ، فهي عند حدوثها لأي ضرر ما، بحيث لا يمكن الاحترازمنه ،فهي لا تكون موجبة للضمان، لأنها تقع فوق قدرة وطاقة الإنسان ، فلذلك تعتبر من الضرورات التي تتجاوز الحدود العادية.

ثالثا
احتجاج الفقهاء بهذه القاعدة

أشار العلامة الزنجاني ــ رحمه الله ــ: أن اليد الناقلة غير معتبرة في ضمان العدوان عندنا ، بل يكفي إثبات اليد بصفة التعدي[٥].

ذكر العلامة الشربيني في " مغني المحتاج " محتجا بهذه القاعدة الفقهية ، بذكر بعض الأمثلة التطبيقية عليها استدلالاً واحتجاجا بها ، وذلك بقوله [٦] :
ــ نحو لو انتفخ ميت فتكسر بسببه شيء لم يضمنه ، بخلاف طفل سقط على شيء لأن له فعل بخلاف الميت.
ــ يحترز راكب الدابة عما لا يعتاد فعله له ، كركض شديد في وحل ، فإن خالف ضمن ما تولد منه لتعديه.
ــ لو سقط شيء من سطح غيره يريد أن يقع في ملكه ، فدفعه الهواء، حتى وقع خارج ملكه ، لم يضمن.

ولدي هنا اعتراض على المثال الأخير ــ نراه والله أعلم بالصواب ــ على هذا المثال الذي أورده الشربيني ــ رحمه الله تعالى ــ بأن هذا الشخص لا يضمن ، وأرى ــ والله أعلم ــ أنه يضمن ،لأن هذا القول بعدم الضمان هو فتح باب للمعتدين بالاعتداء على أموال الناس وأملاكهم ، ثم لا يضمنون ، لأنهم لا يقصدون وغير متعمدين ودعوى كلامهم هو الريح أو الهواء وغير ذلك من الدعاوى ، فلهذا نرى أن شرط تضمين المتسبب هو القصد أو عدم القصد .

---

(١) ـ سورة البقرة ، الآية ١٨٥ .
(٢) ـ سورة الحج ، الآية ٧٨ .
(٣) ـ سورة البقرة ، الآية ٢٨٦ .
(٤) ـ البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الإيمان ، ١ / ١٠ .
(٥) ـ الزنجاني ، تخريج الفروع على الأصول ، ص ٢٢٢ .
(٦) ـ الشربيني ، مغني المحتاج ، جـ ٥ / ٥٦٧ .

لأن التعدي هو إلحاق الضرر الغير المسموح به ، سواء في الشرع أو العرف أو العادة عادةً ، وعليه فكل فعل ألحق ضررا بالغير بغير وجه حق ، عمدا أو سهوا ، كان هذا ــ والله أعلم ــ سببا موجبا للضمان ، خصوصا في زمن عرف بضعف الأخلاق ، وقلة الورع الديني ، والوازع الإيماني.... ، وبالتالي فلا يصلح الناس إلا هذا ، من أجل الحفاظ على حقوق الناس وأموالهم وممتلكاتهم ، وهذا باعتبار أن حفظ المال مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء.

رابعا
بعض التطبيقات على هذه القاعدة

ولتوضيح هذه القاعدة نورد بعض هذه الأمثلة ، ثم نعرض لبعض المسائل العصرية التي يمكن لنا تخريجها على القاعدة الهامة ، بما يلي[1] :

١ ــ لو اشترى رجل من شخص آخر مشجرة ، فقطعها ، فادعى البائع أن المشتري حين القطع أفسد له بعض الشجار لم تكن داخلة في البيع ن فقال المشتري : أنا لم أتعمد ذلك ، ينظر: إن كان الذي يدعيه البائع من الفساد ، مما يمكن التحرز عنه ، فيكون المشتري ضامناً له .وإن كان الذي يدعيه البائع من الفساد ،مما لا يمكن الاحتراز عنه ، فلا ضمان بذلك على المشتري.

٢ ــ للناس الانتفاع بالمرافق العامة مشيا أو ركوبا ونحو ذلك ، بشرط السلامة وعدم الإضرار بالآخرين ، بما يمكن التحرز ، دون ما لا يمكن التحرز عنه ، حتى يتيسر للناس سبيل الانتفاع ويتحقق العدل ، وتزول العوائق ويتوفر الأمن والحرية في الطرقات.

٣ ــ إذا سقط الحمل عن ظهر الحمَّال ، فأتلف ملا لشخص ، فإنه يضمن ، لأنه يمكن التحرز عنه .

٤ ــ يضمن الراكب ما وطئت دابته بيد أو رجل أورأس،لأن الاحترازعن الإيطاء ممكن.

٥ــ إذا ساق رجل دابته حسب المعتاد في الأسواق ، فأثارَتْ غباراً أو شيئا من الأوحال والإيذاء ، فأفسد شيئاً ، فلا ضمان.

٦ ــ لو ساق رجل في الأسواق دابة نزقة ، لا يؤثر فيها كبح اللجام ، لزمه الضمان.

٧ ــ إذا سقى شخص بستانه حسب المعتاد عند أمثاله ، فسَرَى الماء إلى جاره ، فأفسد له شيئاً ، فلا ضمان عليه.

٨ ــ إذا أوقد شخص في داره نارًا ملتزمًا في ذلك الأمر المعتاد ، فطار منها شررًا ،فأتلف شيئا بالإحراق ، فإنه لا يضمن لما في التضمين من الضرر العام.

٩ ــ لا يضمن الطبيب أو الجراح التلف الحاصل بسريان الفعل إلى ا لهلاك ، إذا تمت المعالجة أو العملية الجراحية على النحو المعتاد دون تجاوز و لا إهمال ، لأن حدوث أية مضاعفات غير متوقعة بالعادة لا يمكن الاحتراز عنه ، وليس في الوسع تجنبه.

١٠ ــ إذا غرقت السفينة بإعصار شديدٍ ، أو بهيجان البحر ، أو الاصطدام بصخر لا يعلم به ربان السفينة ، ولا عهد له به ، فلا ضمان عليه ، لأن ذلك مما لا يمكن الاحتراز عنه.

---

[1] ـ السرخسي ، المبسوط ،١٥ / ١٠٣ ، الكاساني ، البدائع ، ٧ / ٢٧٢ ، البغدادي ، مجمع الضمانات ، ص ٤٧ ، حيدر ، درر الأحكام ، ٢ / ١١١.

القاعدة السادسة عشرة
" على اليدِ ما أخذت حتى تُؤْديَه "

أولا
معنى هذه القاعدة

نبدأ بشرح مفرداتها حتى يتبين لنا المعنى الإجمالي بشكل دقيق .

ــ على اليد : يقصد باليد هنا يد الغاصب ، أو يد المستعير ،أو يد الوديع ،أو يد المستأجر.

ــ ما أخذت حتى تؤديه : ونعني به أن قابض شيء الغير ليس من ملكه ، فلا تبرأ مسؤوليته إلا بوصول هذا الشيء إلى مالكه الأصلي أو من يقوم مقامه.

فمعنى القاعدة إذن :

أن المحافظة على أموال الغير، هي من مقاصد الشريعة الإسلامية الغراء ، وبالتالي عملت على تحميل قابض مال الغير أو أشيائه ، سواء أكان من قبيل الغصب أو الاستعارة أو الوديعة أو الإجارة أو نحو ذلك ، بوجوب ردّ هذه الأموال أو هذه الأشياء إلى أصحابها بمثلها أو بقيمتها .

وأيضا مما نضيفه أنه لا يبرأ من المسؤولية إلا عند وصول المال أو الشيء إلى المالك الأصلي أو من يقوم مقامه .

وهذا ما استنبطه العلماء والفقهاء من نص الحديث النبوي الشريف قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : " **على اليد ما أخذت حتى تؤديه** "[1].

---

[1] ـ سبق تخريجه .انظر: ص ٥١ .

ثانيا
أدلة هذه القاعدة

واستدل العلماء على هذه القاعدة بنصوص شرعية نذكر بعضها على سبيل المثال ما يلي:
١ ــ قوله تعالى : " **ولا تأكلوا أموالكم بينكم بالباطل** "[١].
٢ ــ قوله تعالى : " **إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها** "[٢].
٣ ــ قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ :" **على اليد ما أخذت حتى تؤديه** "[٣].
٤ ــ روى أنس بن مالك ــ رضي الله عنه ــ: أن عمر بن الخطاب ــ رضي الله عنه ــ ضمّنه وديعة كانت معه ، فسرقت أو ضاعت منه "[٤].

فهذه الأدلة بينت أن الأصل في الشرع : أن ما يقبضه الإنسان من مال الغير هو الضمان ، فتم غلق باب الغاصبين والمعتدين وتذرع الخائنين بادعاء الضياع أوالتلف غير المقصود وبالتالي فهي عملية ضبط في حفظ أموال الغيروكذا أماناتهم ،فإذا أخذ أحد ملك غيره فإنه لا يبرأ من المسؤولية حتى يرده بالمثل أو القيمة ،وهذا مفخرة من مفاخر ومحاسن الشريعة الغرّاء.

ثالثا
احتجاج الفقهاء بهذه القاعدة

وقد احتج لهذه القاعدة الفقهية جملة من الفقهاء ، نذكر بعض أقوالهم :
١ ــ ذكرها الشيخ الدسوقي في حاشيته ،: بقوله : " ...إذا كان المضمون عليه مالا ، وفرط الضامن في الإتيان بالمضمون ، أو هرّبه فإنه يغرم ما له عليه من المال ، وإن كان الضمان في قصاص أو جرح أو تعزير ، ترتب على المضمون وفرط الضامن في الإتيان به أو هرَّبَه ، فإنه يعاقب فقط هذا هو المذهب "[٥].
وأشار الحطاب في مواهب الجليل لشرح مختصرخليل، قوله :"..والأصول موضوعة على أن وضع اليد في مال الغير بغير شبهة توجب الضمان، وبهذا القول قلنا القول الأصل"[٦].

٢ ــ وصاغها العلامة ابن قدامه المقدسي في " المغني" بقوله : " الأصل فيما يقبضه الإنسان من مال غيره الضمان"[٧].

٣ ــ وذكر ابن رجب في قواعد ، قوله :"...فأما الأموال فكالتصرف باللقطة التي لا تملك وكالتصدق بالودائع والغصوب التي لا تعرف ربها أو انقطع خبره ،فإن أجازه المالك وقع له أجره وغلا ضمنه المتصرف...."[٨].

---

[١] ـ سورة البقرة ، الآية ١٨٨ .
[٢] ـ سورة النساء ، الآية ٥٨ .
[٣] ـ سبق تخريجه. ص ٥١ .
[٤] ـ البيهقي ، الحافظ أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي ، السنن الكبرى ، الطبعة الأولى ، الهند ، حيدر آباد ، ١٣٥٤هـ ، باب : لا ضمان على مؤتمن من كتاب الوديعة ، جـ ٦ / ص ٢٩٠.
[٥] ـ الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، جـ ٤ / ٥٦٥ .
[٦] ـ الحطاب ، مواهب الجليل ، جـ٧ /٥٨ .
[٧] ـ ابن قدامه ، المغني ، جـ ٥ / ١٣٧ .
[٨] ـ ابن رجب ، القواعد في الفقه ، ص ٤٠٤ .

٤ ــ وذكر ابن نجيم في أشباهه ، قوله : " إذا تصرف في ملك غيره ثم ادعى أنه كان بإذنه ، فالقول للمالك ، إلا إذا تصرف في مال امرأته فماتت ، وادعى أنه كان بإذنها، وأنكر الوارث ، فالقول للزوج "[١].

٥ ــ وقال العلامة الزنجاني ــ رحمه الله تعالى ــ في كتابه القيم " تخريج الفروع على الأصول " ، قوله : " ..وذهب أصحاب أبي حنيفة رضي الله عنه إلى ان حدّ الغصب هو إثبات اليد العادية وتفويت اليد المحقة أو قصرها ، وعللوا هذا بأن الضمان ضمان جبر ، والجبر في مقابلة فائت ، ولا فائت إلا على المالك ، فلا بد من اشتراط فوات الاستيلاء وفواته بإزالة اليد أو قصره"[٢].

---

[١] ـ ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٣٣٨ .

[٢] ـ الزنجاني ، تخريج الفروع على الأصول ، ص ٢٢٢ ـ ٢٢٣ .

رابعا
الأمثلة التطبيقية على القاعدة

هذه القاعدة من القواعد الهامة في الضمان ، فهي تتحدث عن مسؤولية القابض لمالك الغير سواء أكان غاصبا أو مستأجرا أو وديعا ونحو ذلك .
ويمكن لنا أن نورد في هذا المطلب بعض الأمثلة على هذه القاعدة ، بما يلي[1]:

١ ــ من أخذ بدَلَ صلح ثم أقرّ أن لا حقّ له فيه ، وجب عليه ردّ ما أخذه من بدل الصلح لدافعه.

٢ ــ لو دفع مالا لشخص على ظن أنه مدين له ، ثم تبين له أنه غير مدين ، فعلى المدفوع له المال ردّه إلى دافعه.

٣ ــ من ملك اللقطة يعتبر غاصبا ، فيكون ضامنا ، حتى يؤدي اللقطة إلى صاحبها ،و عليه ضمانها مطلقا إذا هلكت سواء كان هلاكها بتعدٍّ منه أو تقصير أو بدونهما.

٤ ــ من أحدث فيما غصبه زرعا أو غرسا أو بناءً ،فإن ما أحدثه لا يعطيه حق البقاء في الأرض بأن يمتلكها أو يستأجرها، لأن العدوان لا يصلح سببا للتملك الشرعي ، وإن عليه إزالة ما أحدثه ، وإذا كان قلع المحدثات يضر بالأرض جاز لصاحب الأرض امتلاكها.

٥ ــ من حفر أو زرع في أرض غيره بغير حق ولا شبهة حق ، فهو ظالم ولا حق له.

٦ ــ من سلب قلنسوة من رأس المالك ، واحتوت يده عليها ، فإنه يضمنها بالاتفاق.

٧ ــ المودع إذا تعدى في الوديعة ، ثم ترك التعدي ، لم يبرأ من الضمان عندنا لثبوت يد العدوان.

---

[1] - الزنجاني ، تخريج الفروع على الأصول ، ص ٢٢٣ وما بعدها، بتصرف . .

ثانيا
أدلة هذه القاعدة

ذكرنا المراد فيما مضى من هذه القاعدة ، وهو أنه عند انعدام أصل الشيء فإن بدله يقوم مقامه ، وبالتالي يكون حكمه كحكم الأصل ، من أجل هذا عمل الفقهاء على الاستدلال لهذه القاعدة بعدة أدلة ، انطلاقا من القاعدة الكبرى الآنفة الذكر ــ وهي المشقة تجلب التيسير ــ وهذه بعضها كما يلي :

١ ــ قوله تعالى : " **و إن كنتم مرضى أو على سفر أو جاء أحد منكم من الغائط أو لامَسْتم النساء فلم تجدوا ماءً فتيمموا صعيدا طيبا فامسحوا بوجوهكم وأيديكم** "[١].
٢ ــ قوله تعالى : " **وما جعل عليكم في الدين من حرج ملّة أبيكم إبراهيم** "[٢].
٣ ــ قوله تعالى : " **ما يريد الله ليجعل عليكم من حرج ولكن يريد ليطهّركم وليتمَّ نعمته عليكم لعلكم تشكرون** "[٣].
٤ ــ قوله تعالى : " **يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر** "[٤].
٥ ــ قوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : " **إن الدين يسر ولن يشادّ الدين أحدٌ إلا غلبه فسددوا وقاربوا و ابشروا واستعينوا بالغدوة والروحة وشيء من الدلجة** "[٥].
٦ ــ سئل رسول الله ــ صلى الله عليه و سلم ــ عن أحب الأديان إلى الله ، فقال : " **الحنيفية السمحة** "[٦].

فهذه النصوص الشرعية من كتاب الله وسنة المصطفى الطاهرة ــ صلوات ربي وسلامه عليه ــ تدل دلالة واضحة على منتهى الوسطية والاعتدال في الشريعة الإسلامية .
فنص على أن من لم يجد الماء وهو الأصل ، كان التيمم بدلا عنه ، فبالتالي يقوم مقامه في الحكم .
وكذلك جعل الله تعالى في كفارة اليمين ، الصيام بدلا عن الإطعام أو الكسوة ،أو تحرير رقبة ، في حال عدم القدرة عليها ، وعند القدرة عليها لا ينتقل الأمر للصيام .
ونفس الأمر مع الصيام للحاج المتمتع الذي عجز عن الهدي بنص الآية الكريمة .

لأن أساس هذا الدين اليسر لا العسر ، التبشير لا التنفير ، ونفي الحرج والمشقة والعنت على المكلفين ، والمراد بالحنيفية هو أهل الحق والاستقامة ، وذوي الفطرة السليمة التي تقبل كل سهلٍ ، وتنفر من كل مشقة وشدة وعنتٍ.

فهذه القاعدة الفقهية من خلال هذه النصوص الشرعية السابقة ، تفيد أن البدل عن الشيء يقوم مقام المبدل عنه ، لكن بشرط تعذر وجود الأصل لسبب من الأسباب ، لكن عند القدرة عليه فلا يصار إلى البدل ، لأن الأصل والبدل لا يجتمعان.

---
(١) ـ سورة النساء ، الآية : ٤٣ .
(٢) ـ سورة الحج ، الآية : ٧٨ .
(٣) ـ سورة المائدة ، الآية : ٦ .
(٤) ـ سورة البقرة ، الآية : ١٨٥ .
(٥) ـ البخاري ، صحيح البخاري ، كتاب الإيمان ، ١ / ١٥ .
(٦) ـ المصدر نفسه .

ثالثا
احتجاج الفقهاء بهذه القاعدة

حاول الفقهاء التعبير على هذه القاعدة بعدة صيغ وعبارات ، نذكر بعضها بما يلي :

١ ـ لخص الكاساني الحنفي الأمر بقوله في البدائع:"...وأما بيان ماهية الضمان الواجب بإتلاف ما ، فالواجب به هو الواجب بالغصب ، وهو ضمان المثل إن كان المتلف مثليا ، وضمان القيمة إن كان مما لا مثل له ،وعند التعذر يجب المثل معنىً وهو القيمة"[١].
٢ ـ وصاغها أيضا ابن عبد البر المالكي (ت٤٦٣ هـ) في كتابه " التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد " قوله :" كل ما انتفع به ، جاز أخذ البدل منه "[٢].
٣ ـ وذكر الإمام الخطابي (ت ٣٨٨هـ) في كتابه "معالم السنن" قوله :" البدل يسد مسد الأصل ويحل محله "[٣].

٤ ـ وصاغها العلامة المقري المالكي (ت ٧٥٨هـ) في كتابه " القواعد "بقوله :" لا يقوم البدل حتى يتعذر المبدل منه "[٤].
٥ ـ وذكره الدسوقي في حاشيته بقوله : "...فإن فات الثمن بيد البائع فمثل المثلي وقيمة المقوم ، ... ورجع الضامن على أصله بما أدى عنه ، أي بمثله إن كان مثليا ، بل ومقوما لأنه كالمسلف يرجع بالمثل حتى في المقومات "[٥].
٦ ـ وصاغها الشيخ ابن عبد السلام (ت٦٦٠هـ)في قواعده ، بقوله " الأصل في الضمان أن يضمن المثلي بمثله ،والمتقوّم بقيمته ،فإن تعذر المثل:رجع إلى القيمة جبرا للمالية "[٦].

٧ ـ وصاغها العلامة ابن رجب الحنبلي في كتابه القيم "القواعد في الفقه الإسلامي" ،التي كان رقمها الثالثة والأربعون بعد المائة بقوله : " يقوم البدل مقام المبدل ويسد مسدّه ، ويبني حكمه على حكم مبدله في مواضع كثيرة "[٧].
٨ ـ وذكر ابن قدامه في " المغني " قوله :" البدل كالعين "[٨].
٩ ـ وأشار إليها شيخ الإسلام ابن تيمية في فتاواه ، بقوله :" البدل إنما يقوم مقام المبدل في حكمه لا في وصفه "[٩].

---

(١) ـ الكاساني ، بدائع الصنائع ، ج ٦ /١٧١ .
(٢) ـ ابن عبد البر،التمهيد لما في الموطأ من المعاني والأسانيد ، طبعة المغرب،ط ١، تحقيق لجنة من العلماء ،٢/٢٧٠.
(٣) ـ الخطابي ،أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم ، معالم السنن ، تحقيق محمد حامد الفقي ، مطبعة السنة المحمدية ، مصر ، ١٣٦٨هـ ، ١/٢٠٧ .
(٤) ـ المقري ، أبو عبد الله محمد بن محمد المقري ، القواعد ، تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد ، مركز إحياء التراث الإسلامي ، مكة المكرمة ، السعودية ، ج١ /٢١٢ .
(٥) ـ الدسوقي ، حاشية الدسوقي ، ج ٤ /٥٤٥ ـ ٥٤٧ .
(٦) ـ ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، ٢ /١٦٦.
(٧) ـ ابن رجب ، القواعد في الفقه ، ص ٣٠٣ .
(٨) ـ ـ ابن قدامه ، المغني ، ٦ / ٩٥ .
(٩) ـ ابن تيمية، تقي الدين أحمد، مجموع الفتاوى ، ط ١، دار الوفاء ، المنصورة ، مصر،١٤١٨هـ/١٩٩٧ م ج ٢٩ /٢٦٧.

١٠ ــ وقررها الزنجاني ــ رحمه الله تعالى ــ في تخريجه للفروع على الأصول ، قوله : "...لأنه الذي وجب رده بالغصب ، فإذا تعذر رد العين وجب رد بدل العين،....فمن غصب دراهم وبددها في حاجاته ،فالفائت على المالك الدراهم ، فيجب على الغاصب بدل الدراهم لا بدل الاستيلاء على الدراهم ، فإن الاستيلاء غير مقصود في نفسه ، وإنما المقصود من الاستيلاء عين المال "[1].

[1] ـ الزنجاني ، تخريج الفروع على الأصول ، ص ٢١٦ .

رابعا

تطبيقات وأمثلة على هذه القاعدة

وهي بما يلي :

١ ــ من غصب شيئا فيجب رد عين المغصوب على الوجه الذي ورد عليه دون نقص أو تغيير ، ما دامت العين قائمة ، فإذا هلك المغصوب ، أو تعذر رد الأصل ، بأن كان هالكا أو مستهلكا فيجب حينئذ ردّ بدله من مثل أو قيمة[١].

٢ ــ إن الغاصب إذا أعطى للمغصوب منه رهناً بعين المغصوب ، ثم تلفت العين المغصوبة في يد الغاصب ، فإن الرهن يكون حينئذ رهنا ببدلها من مثل أو قيمة[٢].
٣ ــ الأجير الكاتب إذا أخطأ في البعض ، فإن كان الخطأ في كل ورقة خيّرَ إن شاء أخذه وأعطاه مثله ، أو أخذ منه القيمة[٣].

٤ ــ لو غصب أرضا فبنى فيها أو غرس ، فإن كانت قيمة الأرض أكثر قلعا وردت ، وإلا ضمن له قيمتها[٤].
٥ ــ لو غصب ساجة أي خشبة ، وأدخلها في بنائه ، فإن كانت قيمة البناء أكثر يملكها صاحبه بالقيمة ، وإن كانت قيمتها أكثر من قيمته لن ينقطع حق المالك عنها[٥].
٦ ــ لو وجد المضطر ميتة وطعام غائب ، فالأصح أنه يأكل الميتة ، لأنها مباحة بالنص وطعام الغير بالاجتهاد [٦].

ولكن عندي اعتراض وتعليق على هذا المثال الذي أورده السيوطي ــ رحمه الله تعالى ــ بحيث نرى ــ والله أعلم ــ :
أن المضطر يأكل طعام الغير أولى من أكل الميتة ، بسبب أن أكل الميتة أصلا يكون مخالفا للفطرة ، ولا يكون أكلها إلا عند الإشراف على الهلاك ولا شيء غيرها مما يسد الرمق ، في حين أن طعام الغير رغم كونه ليس جائزا ، لكن الشرع الحكيم أجاز ذلك للضرورة ، وأتبع تضمين الطعام بالمثل أو القيمة حفاظا على حقوق الغير لقاعدة "الاضطرار لا يبطل حق الغير" فالأولى أكل طعام الغير ثم تضمينه أفضل من أكل الميتة رغم ورود النص ــ والله أعلم بالصواب ــ

٧ ــ تخليل الشعر سنة في الطهارة ، ويكره للمحرم[٧].
٨ ــ المبالغة في المضمضة والاستنشاق مسنونة ــ وتكره للصائم[٨].

---

(١) ـ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٢٨٧ .
(٢) ـ نفس المرجع السابق ، ص ٢٨٨ .
(٣) ـ ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٣٢٢ .
(٤) ـ المصدر نفسه ، ص ٩٧ .
(٥) ـ المصدر نفسه .
(٦) ـ السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ١١٦ .
(٧) ـ المصدر نفسه ، ص١١٦ .
(٨) ـ المصر نفسه ، ص ١١٦ .

٩ ـ لو باع العقار بغبن فاحش ، ثم وعد المشتري البائع بأنه أوفى له مثل الثمن (البديل) يفسخ معه البيع ، صح ولزم الوفاء بالوعد[١].

١٠ ـ يلزم رد المغصوب عينا ، فإن تعذر الرد لهلاكه أو استهلاكه وجب رد البدل[٢].

١١ ـ إن الغاصب يضمن إذا استهلك المال المغصوب كذلك ، إذا تلف أو ضاع بتعديه أو بدون تعديه يضمن أيضا ، فإن كان من القيميات يلزم الغاصب قيمته في زمن الغصب ومكانه ، وإن كان من المثليات يلزم إعطاء مثله[٣].

١٢ ـ إذا تعذر رد المبيع المعيب لمانع شرعي ، كما لو كان المبيع ثوبا فصبغه المشتري ، ثم ظهر فيه عيب قديم ، فللمشتري أن يسترد من البائع فرق نقصان العيب[٤].

١٣ ـ للقاضي أن يحكم بترميم حوائط متداعية تهدد الحيوان ، فإن لم يمتثل المالك كان للجار أن يجري عملية الترميم على نفقته ، بحيث يرجع بها على المالك[٥].

١٤ ـ التعويض عن إتلاف منقول أو عقار يتناول قيمة التكاليف اللازمة لإصلاحه ، وفي نفس الوقت يتناول قيمة المنفعة التي حرم منها صاحب المال ، وذلك من يوم إتلافه إلى يوم إصلاحه[٦].

١٥ ـ من أتلف سيارة ، كان لمالك السيارة حق التعويض مقدرا قيمة تلف السيارة[٧].

١٦ ـ العامل الذي يصاب في جسمه وتعوقه هذه الإصابة عن العمل ، يجب عند القضاء له بالتعويض أن يلاحظ فيه مقدار ما بذله المصاب في العلاج وما قاساه من آلام سببتها له الإصابة ، ومقدار ما ضاع على المصاب من الكسب إذا كانت الإصابة قد أعجزته عن تأدية العمل [٨].

١٧ ـ على صاحب المال المتلف أن يبادر إلى رفع دعوى إثبات حالة مستعجلة له ، فإذا تم له هذا الإثبات يكون قد اعتصم بدليل الإثبات في يده في حقه في التعويض [٩].

---

(١) ـ الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٨٤ .
(٢) ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة : ٨٩٠ .
(٣) ـ المرجع السابق ، المادة : ٨٩١ .
(٤) ـ الزرقا ، المدخل الفقهي العام ، ج٢ / ص١٠٢٨ .
(٥) ـ عابدين ، التعويض بين المسؤولية العقدية والتقصيرية ، ص ١٦٣ .
(٦) ـ المرجع السابق ، ص ١٦٤ .
(٧) ـ المرجع السابق .
(٨) ـ المرجع السابق .
(٩) ـ المرجع السابق ، ص ١٦٥ .

القاعدة الثامنة عشرة
" جناية العجماء جُبَار "[١]

هذه قاعدة من القواعد الهامة في نظرية الضمان الشرعية في الفقه الإسلامي ، لأنها تتعلق بضمان ما تحدثه البهائم والحيوانات بصفة عامة من إتلافاتٍ لأموال الناس وممتلكاتهم ، وفيما يلي بيان معنى هذه القاعدة وشرح مفرداتها وأدلتها الشرعية ، ثم نورد الأمثلة و التطبيقات التي ذكرها الفقهاء ، وبعض المسائل العصرية التي خرج عليها العلماء وفق هذه القاعدة.

أولا
معنى هذه القاعدة

نحاول معرفة المعنى العام للقاعدة بشرح مفرداتها ، كالتالي :

ــ جناية لغة :هي من جنى على قومه أي إذا أذنب وأجرمَ [٢].

ــ ومعنى الجناية اصطلاحا كما عرفها الشيخ الجرجاني بقوله : " كل فعل محظور يتضمن ضررا على النفس أو غيرها "[٣].

ــ والعجماء : في أصل اللغة ما يدل على الصمت والسكوت وعدم الكلام ، فيقال بهيمة عجماء لأنها لا تتكلم ، وكذلك كل من لا يقدر على الكلام فهو أعجم[٤].

ــ ومعنى الجُبَار في اللغة هو الهَدْر، وهو في الأصل العظمة والعلو والاستقامة، والجبار مما يشذ عن هذا الأصل ، فجناية العجماء جبار أي بمعنى جنايتها تكون هدرًا[٥].

إذن فالمعنى الإجمالي للقاعدة :
أن الأصل في فعل الحيوان وما يحدثه وما ينشأ عنه من ضرر أو إتلاف من تلقاء نفسه، ولم يكن تفريطا من مالكه في حفظه بحيث يجب عليه حفظه ، وذلك في الليل أو في أمكنة التجمعات الحيوانية مثلا ، فلا ضمان على صاحبها أو مالكها ، بسبب عدم وجود الإدراك العقلي للحيوان أو البهيمة .

وبالتالي فلا تسأل ولا تتحمل أية مسؤولية ، لأنه لا ذمة لها ولا إدراك ، لهذا قال رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ فيما رواه أبو هريرة رضي الله عنه : " **العجماء جرحها جُبَار** "[٦].
ولكن عند قيام الإنسان على الحيوان أو البهيمة واستخدامه إياه في مصالحه من ركوب وحمل وحبس وإطلاق وتوجيه ، واتخاذه وسيلة لقضاء حاجاته ومآربه [٧]، قد تحدث آثارا ما يعد

---

(١) ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة : ٩٤ .
(٢) ـ الفيومي ، المصباح المنير ، ص ١٤٥ .
(٣) ـ الجرجاني ، التعريفات ، ص ١٠٧ .
(٤) ـ الفيومي ، المصباح المنير ، ص ٥٣٩ . ابن فارس ، معجم مقاييس اللغة ، ٤ /٢٣٩ .
(٥) ـ انظر: الفتني ، محمد طاهر ، مجمع بحار الأنوار في غرائب التنزيل والأخبار ، مطبعة دائرة المعارف العثمانية ، حيدر ، آباد ، الهند ، الطبعة ١ ، مادة : جبر : هدر لا شيء عليه ،ج ٣١٧/١ .
(٦) ـ سبق تخريج هذا الحديث ، انظر الفصل التمهيدي ، ص ٢٢ .
(٧) ـ انظر : الخفيف ، الضمان في الفقه ، ص ٢٤١ .

ضررا للغير ، فيكون في هذه الحالة مسؤولا عما يترتب على استخدامها من ضرر أو إتلاف ، سواء أكان تقصيرا أو إهمالا أو تعديا ونحو ذلك.

ثانيا
أدلة هذه القاعدة واحتجاج الفقهاء بها

هذه القاعدة كما سبق أن وضحنا ، هي في أصلها حديث نبوي شريف " العجماء جرحها جبار "[١] ، لهذا سوف نورد إن شاء الله تعالى ، ذكر كلام الفقهاء وآرائهم على هذه القاعدة، وكيف عبروا عنها ، وذلك بما يلي :

١ ــ وأوردها العلامة الشربيني في "مغني المحتاج" في ضمان ما تتلفه البهائم ، قوله : "..في ضمان ما تتلفه البهائم سواء أكان مالكا أم مستأجرا أم مودعا أم مستعيرا أم غاصبا ، ضمن إتلافها بيدها أو رجلها أو غير ذلك ، ليلا أو نهارا ، مالا أو نفسا ،لأنها في يده وعليه تعهدها وحفظها "[٢].

٢ ــ وقال أبو الوليد الباجي المالكي القرطبي (ت ٤٧٤هـ) : " إذا أعطيت الدابة في الكراء المضمون ،لزم المكري أن يأتي بغيرها حتى يبلغ المتاع للوضع الذي وقع الكراء عليه"[٣].

٣ ــ أوردها ابن القيم ــ رحمه الله ــ في مبحث التقليد في كشف عجائب المقلدة ، وأنهم يأخذون بالحديث لموافقته رأي صاحبهم ، ثم إذا وجدوا فيه حكما يخالف رأيه لم يأخذوا به ، فقال رحمه الله :" ...واحتجوا بقوله ــ صلى الله عليه وسلم ــ "جرح العجماء جبار" في إسقاط الضمان بجناية المواشي ، ثم خالفوه فيما يدل عليه وأريد به .

فقالوا [٤]: من ركب دابة أو قادها أو ساقها فهو ضامن لمن عضّت بفمها ، ولا ضمان عليه فيما أتلفت برجلها "[٥].

٤ ــ وعبَّر عنها الفقيه ابن قدامه في المغني ، بقوله :" ما خبت الدابة بيدها ضمن راكبها وما أصابت من نفسٍ أو جرح أو مالٍ ، وكذلك إن قادها أو ساقها ، وهذا قول شريح وأبي حنيفة والشافعي "[٦].

---

[١] ـ بالرغم مما يتحدث عنه أصحاب جمعيات الرفق بالحيوان من عناية ورعاية يقدمونها لهذه المخلوقات العجماء ، فإن الإسلام كان سباقا إلى رعاية كل ذات كبد رطبة ، والسبب أن كل ما فيه روح هي من خلق الله تعالى الذي يجب رعايته وحفظه ، والبعد بها عن كل ظلم ، كتحميلها ما لا تطيق أو تجويعها أو تعذيبها ، فضلا عن وجوب راحتها ، أو تحميلها مسؤولية ما تتلفه من أموال أو أملاك للناس ، بسبب أنها لا ذمة لها ولا إدراك ، بل وصل الأمر إلى أقصى درجات الرحمة عند ذبحها لقوله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: إن الله كتب الإحسان على كل شيء فإذا قتلتم فأحسنوا القتلة ، وإذا ذبحتم فأحسنوا الذبحة وليحد لحدكم شفرته ، وليرح ذبيحته ،، فهذه والله قمة الرحمة بالحيوان والبهيمة العجماء ، و صلى الله على المبعوث رحمة لجميع العالمين صلاة وتسليما دائمين .

[٢] ـ الشربيني ، مغني المحتاج ، ٥ / ٥٦٦ .

[٣] ـ الباجي ، أبي الوليد سليمان بن خلف الأندلسي ، فصول الأحكام و بيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء والحكام ، تحقيق : محمد أبوالأجفان ، الدار العربية للكتاب ، ١٩٨٥ م ، ص ٢٦١ ـ٢٦٢ .

[٤] ـ ابن القيم من العلماء الذين تحرروا إلى حد بعيد من ربقة المذاهب ، سائرا على نهج شيخه العلامة ابن تيمية ـ رحمهما الله ـ وهذا ما عبر عنه في ذم أصحاب التقليد والمقلدة لم كان قبلهم من الآراء والمسائل دون تمحيصها ومراجعتها ، فذكر أن هؤلاء أسقطوا من جهة الضمان على الماشية من جهة ، ثم فرقوا من جهة أخرى بين عضة الماشية أن عليها ضمان ، أو أن ما تتلفه من متاع برجلها فلا ضمان عليها .

[٥] ـ ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ٢ / ٢٠٣ .

[٦] ـ ـ ابن قدامه ، المغني ، ٩ / ١٥٧ .

٥ ــ وخالف ابن حزم الظاهري[١] الأندلسي(ت٤٥٦هــ) ــ رحمه الله ــ جمهور الفقهاء بقوله :"..،ما حكم به رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ وثبت عنه من أن العجماء جرحها جبار وعملها جبار، فلا ضمان فيها أفسده الحيوان من دم أو مال ، ليلا أو نهارا "

وقد استدل ابن حزم بدليل قصة الشعبي قال : قال رجل لشريح إن شاةً هذا قطعت غزلي ، فقال : ليلا أو نهارا ، فإن كان نهارا فقد برئ ، وإن كان ليلا فقد ضمن ، ثم قرأ قوله تعالى " **إذ نفشت فيه غنم القوم** "[٢] فقال : إنما النفش بالليل .

وذكر أيضا ابن حزم قصة الشعبي : قال : **اختصم إلى سيدنا علي ــ رضي الله عنه ــ في ثور نطح حمارا فقتله ، فقال علي : إن كان الثور دخل على الحمار فقتله فقد ضمن ، وإن كان الحمار دخل على الثور فقتله فلا ضمان عليه.**

٦ ــ وجاء في مجلة الأحكام العدلية ما يلي : الضرر الذي أحدثه الحيوان من تلقاء نفسه لا يضمنه صاحبه . فلو انفلتت دابة بنفسها ولو في الطريق أو في ملك غير صاحبها ، فأصابت مالا أو آدميا نهارا أو ليلا ، لا ضمان في هذه الحالات ، لأن جناية العجماء جبار ، ولو رفست الفرس البيطار بينما هو يعالجها فلا ضمان على صاحب الفرس[٣].

٧ ــ وعبَّر عنها الشيخ الزرقا في شرحه للقواعد الفقهية :
" أي ما تفعله البهيمة من الإضرار بالنفس أو بالمال فهو هدر وباطل ولا حكم له ، إذا لم يكن منبعثا عن فعل فاعل مختار ، كسائق أو قائد أو راكب أو ضارب أو ناخس أو فاعل للإخافة ، أما إذا كان منبعثا عن فعل فاعل مختار فهو الضامن لما تحدثه من تلف [٤].

---

[١] ـ ابن حزم ، المحلى ، ١٢/ ١٥٤ .
[٢] ـ سورة الأنبياء ، الآية :٧٨ .
[٣] ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة : ٩٢٩ .
[٤] ـ انظر : الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤٥٧ .

ثالثا
الأمثلة والتطبيقات على القاعدة

أتحدث في هذا المطلب عن بعض الجوانب التطبيقية للقاعدة ، وذلك بذكر بعض المسائل العصرية التي تم فيها بناء الحكم على القاعدة ، وذلك فيما يلي :

١ ـ لو كان مع الدابة سائق وراكب ، فهل يختص الضمان على الراكب ، أو يجب على الثلاث ، وجهان ، أرجحهما الأول أي الراكب [١].
وأرى ـ والله أعلم ـ أن ما ذهب إليه الفقيه الشربيني غير سليم ، فالضمان يجب أن يكون على الراكب والسائق على سواء ، فكل منهما مقصر.
٢ ـ لو كان على الدابة راكبان ، فهل يجب الضمان عليهما أو يختص بالأول ، وجهان ، أوجههما الأول ، لأن اليد لها [٢].
٣ ـ من كانت له دابة في مسكنه ، فدخل فيه إنسان فرمحته أو عضته فلا ضمان [٣].
٤ ـ من أرسل كلبا عقورا[*] للإتلاف يضمن ، وكذا كل حيوان مولع بالتعدي كالجمل والحمار اللذان عرفا بعقر الدواب وإتلافها[٤].

٥ ـ لو كان بداخل الدار كلب عقور أو دابة جموح ، ودخلها شخص بإذنه ولم يعلمه بالحال ، فعضه الكلب أو رمحته (صكته) الدابة ، ضمن ـ [٥].
٦ ـ إذا أوقف دابة في أرض أو دار مشتركة ، ثم أصابت شيئا بيدها أو رجلها ، فالقياس أن يضمن النصف ، وفي الاستحسان لا يضمن شيئا ، وبعضهم قالوا : هذا إذا أوقفها في موضع توقف فيه الدواب وفي غيره لا يضمن ما هلك قياسا واستحسانا [٦].

٨ـ إذا ألقى شخص هرة إلى حمامة أو دجاجة ، فأكلتها بمجرد إلقائه ، فيضمن ،أما إذا أكلتها بعدئذ فلا يضمن[٧].
٩ ـ إذا كان لإنسان حيوان مؤذٍ كثور نطوح أو كلب عقور ، فطلب الناس من صاحبه حبسه أو ربطه ، فلم يفعل ، فأذى أحدا من المارة ، يضمن[٨].
١٠ ـ إذا اشترى رجل شاتين فنطحت إحداهما الأخرى قبل القبض ، فهلكت ، خيّر المشتري بين أخذ الباقية بحصتها من الثمن أو فسخ البيع[٩].

---

(١) ـ الشربيني ، مغني المحتاج ، ٥ / ٥٦٧ .
(٢) ـ المصدر نفسه .
(٣) ـ المصدر نفسه .
(*) ـ للأسف أصبح العصر الذي نعيشه عصرا غريبا ، فما يشاهد الآن ، حقيقة من وسائل الأعلام المتنوعة ،أن بعض الحيوانات تدرب من أجل السرقة والإتلاف ومحو ذلك ، بل مما زاد الطين بلة ، تدرب هذه الحيوانات العجماء كالكلاب على انتهاك أعراض الآدميين ، وما حدث في سجن أبو غريب في العراق منذ فترة أحسن دليل .
(٤) ـ المصدر نفسه .
(٥) ـ المصدر نفسه .
(٦) ـ ابن عابدين ، حاشية ابن عابدين ، ١٤ /٨١١ .
(٧) ـ ـ البغدادي ، مجمع الضمانات ، ص١٨٥ .
(٨) ـ الدرير ، الشرح الكبير،٤ /٢٤٣ .
(٩) ـ ابن عابدين ، الدر المختار ورد المحتار ،٥ /٤٢٨ .

١٢ ـ حارس الحيوان ولو لم يكن مالكا له ، مسؤول عما يحدثه الحيوان من ضرر ، ولو ضل الحيوان أو تسرب ما لم يثبت الحارس أن وقوع الحادث كان بسبب أجنبي لا يد له فيه [١].

١٣ ـ لو استفز أجنبي الحيوان فوقع منه الفعل ، وأراد حارس الحيوان الرجوع على هذا الأجنبي بما دفع ، لم يستطيع الأخير التمسك ضد الحارس بالقرينة، فعليه التعويض[٢].

١٤ ـ إذا وقع الضرر وكان الحيوان في حيازة خادم المالك أو تابعه ،فإن المالك يكون مسؤولا عن هذا الضرر[٣].

---

[١] ـ عابدين ، التعويض بين المسؤولية العقدية والتقصيرية ، ص ١٢٩ .
[٢] ـ المرجع السابق ، ص ١٣٠ .
[٣] ـ المرجع السابق ، ص ١٣١ .

القاعدة التاسعة عشرة
" يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان "[١]

هذه القاعدة الفقهية من القواعد المتعلقة بالضمان ، وهي من الأهمية بمكان ، بحيث تكمن أهميتها في أنها من القواعد التي تتعلق بالشروط التقييدية في العقود والتصرفات المالية بين الناس ، والالتزامات التي يشترطها الناس فيما بينهم على بعضهم البعض.
ولمعرفة أهمية هذه القاعدة ، نبدأ بشرح معنى القاعدة ، ثم نبين أدلتها الشرعية ، ثم نورد الأمثلة التطبيقية وبعض المسائل العصرية التي خرج عليها الفقهاء.

أولا
معنى القاعدة

ذكرنا أعلاه أن هذه القاعدة من قواعد الضمان التي تتعلق بالشروط في العقود والتصرفات والالتزامات بين الناس ، وهي أيضامن قواعد الإسلام المهمة في تنظيم حياة الناس.

مقتضى معنى القاعدة :

هو وجوب احترام الشروط المتفق عليها في العقود بين الناس وليس هذا فقط بل وجوب تنفيذها وتطبيقها بينهم .
لكن في المقابل لا بد أن تكون هذه الشروط في هذه العقود موافقة للشارع الحكيم ومقتضى العقد ، وأيضا أن تكون الشروط قابلة للإمكان والتنفيذ ، وليست بمستحيلة وصعبة التنفيذ ، وإلا تعتبر هذه الشروط لغواً .

والإخلال بهذه الشروط يكون الأمر مستوجبا للضمان ، فبالتالي يلزم مراعاة هذه الشروط الممكنة الحصول والتنفيذ قدر الإمكان ، أي بقدر الاستطاعة ،لأنه لا يلزم ما فوق هذه الاستطاعة و فوق قدرة الإنسان ، لأن أي شرط ليس في وسعه يعتبر باطلا ولغواً ، فلو قال المودِع للمودَع عمده : أمسكها بيدك ولا تضعها ليلا ولا نهارا ، فوضعها في بيته ، فهلكت لم يضمنها ، لأن ما شرط عليه ليس في وسعه عادة.

وخلاصة الكلام :

أن قاعدة "يلزم مراعاة الشرط بقدر الإمكان " صيغت واستُقِيَ معناها من الحديث المروي عن رسول الله ـــ صلى الله عليه وسلم ـــ"المسلمون عند شروطهم"[٢] الذي يلزم المسلمين بالوفاء في شروطهم عند معاملاتهم مع الناس[٣] .

---

[١] ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة : ٨٣ .
[٢] ـ سبق تخريجه ، انظر: ص ٥٢ .
[٣] ـ من قضايانا المعاصرة المرتبطة بهذه القاعدة ،مسألة عقد الصلح مع الأعداء والاتفاق الملتزم مع المسامين (الطرف الضعيف)، كاتفاق ياسر عرفات و إسحاق ابين ، وما أفضى إليه من الاعتراف بالمغتصبين بحقهم في أرض المسلمين ، التي جعلها سيدنا عمر ابن الخطاب وقفا لجميع المسلمين، فهذا اتفاق باطل ليس له ضمان ،أو تعويض ، بدعوى الأرض مقابل السلام ـ فلا حول ولاقوة إلا بالله ـ

وهذا إن دل على شيء فإنما يدل على اعتبار الشروط من قواعد الإسلام وشريعته الغراء ، وهذا مما أكسبها صفة الشمول والإحاطة بجميع المسائل والقضايا التي استجدت على المجتمع الإسلامي في علاقاته بالمسلمين وغير المسلمين من إنشاء العقود والتصرفات المالية وغير ذلك. وكما تتصل هذه القاعدة بالشروط التي أباحها الشارع الحكيم ، فهي أيضا تتصل بأعراف وعادات الناس ، لذلك فهي قاعدة وثيقة الارتباط بقواعد الضمان وتعويض أي إتلاف أو ضرر عند الإخلال بالشروط المتفق عليها في العقد أو العرف أو العادة .

ثانيا
أدلة هذه القاعدة

استدل العلماء على هذه القاعدة الفقهية التي دلت على احترام ووجوب تنفيذ الشروط المبرمة في عقود وتصرفات الناس ، بنص الحديث النبوي الشريف المشهور، والذي رواه عمرو بن عوف مرفوعا ، وروته عائشة وأنس – رضي الله عنهم – بلفظ " **المسلمون عند شروطهم إلا شرطا حرم حلالا أو أحل حراما** "[١].
واستدل العلماء بحديث عائشة: أن بريرة – رضي الله عنهما – أتتها تسألها في كتابتها[٢] ، فقالت :" إن شئت أعطيت أهلك ،و يكون الولاء لي ، فلما جاء رسول الله – صلى الله عليه وسلم – ذكرته ذلك ، فقال النبي – صلى الله عليه وسلم – :" ابتاعيها فأعتقيها ، فإنما الولاء لمن أعتق ، ثم قام رسول الله – صلى الله عليه وسلم – على المنبر ، فقال :" ما بال قوم يشترطون شروطا ليست في كتاب الله ؟ من اشترط شرطا ليس في كتاب الله فليس له ، وإن اشترط مائة شرط "[٣].

وإذا كان هذا في الشروط المباحة ففي الشروط المحرمة من باب أولى وأحرى وأرجح .
والمراد بالشرط هنا المقيد به المعرف بأنه:
" التزام أمر لم يوجد في أمر وجد بصيغة مخصوصة ،لا المعلق عليه الذي : هو التزام أمر لم يوجد في أمر يمكن وجوده في المستقبل ، والفرق بينهما أن المعلق بالشرط عدم قبل وجود الشرط ، لأن ما توقف حصوله على حصول شيء يتأخر بالطبع عنه ، بخلاف المقيد بالشرط فإن تقييده لا يوجب تأخره في الوجود عن القيد ، بل سبقه عليه كما هو ظاهر"[٤].

ثالثا
احتجاج الفقهاء بالقاعدة

احتج بهذه القاعدة جملة من الفقهاء نذكر بعضهم ، مثل :

١– وعبر عنها ابن نجيم في الأشباه والنظائر ، بقوله :" براءة الأصيل موجبة لبراءة الكفيل إلا إذا ضمن له الألف التي له على فلان ، فبرهن فلان على أنه قضاها قبل ضمان الكفيل ، فإن الأصيل يبرأ دون الكفيل "[٥].

٢ – أوردها العلامة المالكي الحطاب في مواهبه ، بقوله :" لو كانت الكفالة مؤجلة ، فإن الكفيل بالغريم قبل الأجل ، لم تسقط الكفالة عنه ، وليس عليه أن يحضره إلى مجلس الحكم ، إلا أن يشترط في ذلك ضمانه "[٦].

---

[١] ـ تقدم تخريجه ، انظر : صفحة ٥٢ .
[٢] ـ المكاتبة أو الكتابة أو الكتاب هي بمعنى أن يشتري المملوك نفسه من مالكه على أساس أن يدفع الثمن أقساطا ، وأصل ذلك قوله تعالى :" والذين يبتغون الكتاب مما ملكت أيمانكم فكاتبوهم إن علمتم فيهم خيرا " [النور : الآية٣٣].
[٣] ـ الحديث أخرجه البخاري في كتاب الشروط،٣ / ٢٤٦ .
[٤] ـ انظر : الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٤١٩ . الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٤٨٥ ـ ٤٨٦ .عبد المجيد جمعة، القواعد الفقهية ، ص ٥٥٧ .
[٥] ـ ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٢٥٢ .
[٦] ـ الحطاب ، مواهب الجليل ، ٧ / ٥٩ .

٣ ــ ولابن السبكي في الأشباه والنظائر كلام طويل في هذه القاعدة ، حيث أوردها في كلامه بقوله :" الشرط الذي يقتضيه العقد لا يضر " ، كالبيع بشرط الإقباض ، وكما لو استأجر مسلما على عمل لشهر ، فأوقات الصلوات تقع مستثناة وكذلك أوقات القيلولة والراحة ، فلو صرح بمقتضى ذلك في أصل العقد كان مبطلا...... ، أما الشرط الذي لا يقتضيه العقد فيصح إن كان من مصلحته ، سواء مصلحة البائع كالرهن والكفيل والمشتري ، ومثل هذا إن أجره أرضا ليزرع القمح ولا يزرع غيره ، يصح العقد والشرط"[١].

٤ ــ في حين حاول ابن رجب في قواعده صياغة هذه القاعدة بمراعاة الشروط بقدر الإمكان،بقوله :" من علق بماله حق واجب عليه فبادر إلى نقل الملك عنه صح، ثم إن كان الحق متعلقا بالمال نفسه لم يسقط ،ومثال ذلك لو مال جداره إلى ملك جاره فطولِب بهدمه فباع داره صح ، ويسقط الضمان عنه بالسقوط بعد ذلك ،لأن الوقوع في غير ملكه"[٢].

٥ ــ وذكرها ابن قدامه في المغني بقوله:"كل عقد اقتضى الضمان لم يغيره الشرط"[٣]، لأن شرط عدم الضمان فيه من الظلم ما لم يأذن به الله،ولا حكم به ــ صلى الله عليه وسلم ــ فهو من الشروط الباطلة ، ومن ثمَّ فإن ضمان المبيع على البائع ما لم يقبضه المشتري[٤].

٦ ــ وأوردها العلاّمة ابن القيم رحمه الله في كتابه الرائع "إعلام الموقعين عن رب العالمين " بقوله في باب الحيل في مسألة مطالبة الضامن مع التمكن من مطالبة المضمون منه ، فقال ــ رحمه الله ــ : " فالحيلة أن يعلق الضمان بالشرط فيقول : إن تَوِيَ المال[٥] على الأصيل فأنا ضامن له ، ولا يمنع تعليق الضمان بالشرط ، فإنه التزام ، فجاز تعليقه بالشرط كالنذور والمؤمنون على شروطهم إلا شرطا أحل حراما أو حرم حلالا "[٦].

٧ ــ وصاغها الشيخ محمد حسين في تحرير المجلة ، بقوله:
" كل شرط يخالف أصول الشريعة فهو باطل "[٧]. أي إذا كان الشرط مخالفا لأصول الشريعة فهو باطل ، وذلك كأن يحرم حلالا أو يحل حراما ، مثل من يشترط جعل شرب الخمر المحرم على المكلف المسلم حلالا والعياذ بالله .

٨ ــ وصاغها العلاّمة الثميني في كتابه النيل، بقوله:لاضمان على المؤتمن والمستعير[٨].

---

(١) ـ ابن السبكي ، الأشباه والنظائر ، ١ / ٢٧٠ .
(٢) ـ ابن رجب ، القواعد ، ص ٣٣ .
(٣) ـ ابن قدامه ، المغني ، ٥ / ٣٨٦ .
(٤) ـ الإدريسي ، عبد الواحد ، القواعد الفقهية من خلال كتاب المغني لابن قدامه ، دار ابن القيم ،السعودية ، الطبعة الأولى ،١٤٢٥هـ/٢٠٠٤م ، ص ٢٢٣ .
(٥) ـ تَوِيَ المال (بفتح التاء وكسر الواو وفتح الياء) : بمعنى هلاك المال.
(٦) ـ ابن القيم ، إعلام الموقعين ، ٣ / ٤٩٢ ـ ٤٩٣ .
(٧) ـ حسين ، محمد كاشف الغطاء ، تحرير المجلة ، النجف الأشرف ، بغداد ، ١٣٥٩هـ ، ص ٧٤ .
(٨) ـ الثميني ، النيل و شفاء العليل ، ٢ / ٦٦٤ .

رابعا
تطبيقات على هذه القاعدة

أورد الفقهاء جملة من الأمثلة التطبيقية على هذه القاعدة ، وسوف نحاول أن نستعرض بعض المسائل العصرية التي استطاع العلماء تخريجها وفق هذه القاعدة، وذلك بما يلي :

١ ــ إذا أودعه شيئا ثم أذن له في الانتفاع به ، يصير مضموناً حالة الانتفاع لمصيره عارية حينئذ ، ولا يضمن بالقبض قبل الانتفاع هاهنا ، لأنه لم يمسكه لمنفعة نفسه منفردا بل لمنفعته ومنفعة مالكه[١].

٢ ــ لو قال خذ هذا المال مضاربة والربح كله لك أولي ، هي مضاربة فاسدة ،يستحق فيها أجرة المثل[٢].
فهذه المضاربة باطلة ،لأنها غير كاملة الشروط ، فالربح بالنسبة لمتفق عليها ، وبالتالي فلايأخذ هذا العامل إلا أجرة المثل المتعارف عليها جزاء عمله .

٣ ــ إن كان مُودِع المُودِع حيث يجوز الإيداع ، فلا ضمان على واحد منهما[٣].

٤ ــ إن كان المستأجر من المستأجر حيث يجوز الإيجار ، بأن كان لمن يقوم مقامه في الانتفاع ، فلاضمان[٤].

٥ ــ إذا اشترى شخص من الوكيل المخالف للشرط مخالفة يفسد بها البيع إذا تلف المبيع في يده ، فللموكِل تضمين القيمة من الوكيل. ورجع الوكيل على المشتري لتلفه في يده[٥].

٦ ــ إذا استأجر شخص آخر لحفظ شيء مدة ، فحفظه في بعضها ثم ترك ، لا تبطل الإجارة ويزول الاستئمان ويصير ضامنا[٦].

٧ ــ إذا شرط المودع على الوديع حفظ الوديعة في مكان معين ،كدار أو بيت أو صندوق ، فنقلها إلى مكان آخر بدون عذر : فإن كان المكان الجديد أدنى في درجة الحفظ ، فيضمن ، وإن كان مماثلا له في الحفظ أو أحفظ منه ، فلا يضمن[٧].

٨ ــ لو باع شخص شيئا لغيره بثمن مؤجل على شرط ان يقدم المشتري رهنا معلوما ، أو كفيلا معينا ، صح الشرط لملائمته لمقتضى العقد ، أما لو اشترط البائع على المشتري ، ألا يبيع المبيع للغير ، بطل الشرط لأنه غير مفيد ولا يلائم مقتضى العقد[٨].

---

(١) ـ ابن رجب ، القواعد في الفقه ، ص ٤٧ .
(٢) ـ المصدر نفسه ، ص ٤٨ .
(٣) ـ المصدر نفسه ، ص ٢٠٨ .
(٤) ـ المصدر نفسه .
(٥) ـ المصدر نفسه ، ص ٢٠٩ .
(٦) ـ المصدر نفسه ، ص ٦٢ .
(٧) ـ السرخسي ، المبسوط ،١١ / ١٢١ .
(٨) ـالكاساني ، البدائع ، ٥ م ١٧١ .

القاعدة العشرون
"لا ضمان على المبالغ في الحفظ "

أولا
معنى القاعدة

هذه القاعدة من القواعد الفقهية المتعلقة أيضا بقواعد الضمان في الفقه الإسلامي ، لها من الأهمية الشيء الكثير ، تكمن أهميتها في أنها تدخل في نطاق المسؤولية التعاقدية بين الناس ، خاصة في عقود الودائع والوكالات والأمانات ونحو ذلك.
فهذه القاعدة هي أوضح وأنصع بيانا ومعنى فلا تحتاج إلى شرح ولا تحليل ، فهي مما يعرف بداهة ، لأن الذي حافظ على الأشياء وبالغ في حفظها ، هو أصلا له من الأهلية والصلاحية في الأمانات ، ما يبرئ ذِمّــتَه من أي تبعة ، وفي أي تعويض مالي .
وهذه القاعدة الهامة تثبت عدم تحمل الإنسان الحافظ للأشياء والأمانات والودائع والوكالات أي تحمل بحقوق الغير،حتى يقوم الدليل على خلاف ذلك .

ثانيا
احتجاج الفقهاء بالقاعدة

ومن الفقهاء الذين عبروا عنها :

ـــ العلامة الحطاب المالكي الذي أوردها في "مواهب الجليل" ، فقال ـــ رحمه الله تعالى ـــ : " إذا اشترط الضامن أنه مصدق في إحضار المال ، دون يمين تلزمه ، كان له شرطه ، إلا أن يفرط أو يغيبه "[١].

ـــ وعبر عنها الفقيه ابن رشد في " بداية المجتهد ونهاية المقتصد" ، بقوله :"... والدليل على أنها أمانة أن الله أمر بردّ الأمانات ولم يأمر بالإشهاد ، فوجب أن يصدق المستودع في دعواه ردّ الوديعة مع يمينه إن كذبه المودِع ،لأنه إذا دفعها إليه ببينة فكأنه ائتمنه على حفظها ولم يأتمنه على ردّها فيصدق في تلفها ولا يصدق على ردّها "[٢].

ـــ وصاغها العلامة ابن قدامه في "المغني" بقوله :" ما ثبت في الذمة لم يسقط بالتلف "[٣].

ـــ وذكرها ابن رجب في قواعده ،بقوله :" إذا استأجره لحفظ شيء مدة فحفظه في بعضها ثم ترك،فهل تبطل الإجارة؟لا تبطل بل يزول الاستئمان ويصير ضامنا في النقص " [٤].

ـــ وصاغتها مجلة الأحكام العدلية : الوديعة أمانة في يد الوديع ، فلا يضمنها إلا بتعديه أو تفريطه في الحفظ "[٥].

---

[١] ـ الحطاب ، مواهب الجليل ، ٧ / ٣٥٠ .
[٢] ـ ابن رشد ، بداية المجتهد ، ص ٦٩٤.
[٣] ـ ـ ابن قدامه ، المغني ، ٢ / ٢٨٩ .
[٤] ـ ابن رجب ، القواعد في الفقه ، ص ٦٢ ـ ٦٣ .
[٥] ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة : ١٣٥٩ .

ثالثا
أمثلة تطبيقية على القاعدة

ومن الأمثلة التي نورها على هذه القاعدة الفقهية الهامة المتعلقة بالضمان ، ما يلي [1]:

ـ إذا حفظ الوديع الوديعة كما يحفظ ماله في حرز مثله ، بأن يحفظها في يده أو بيد من هو في عياله ، ممن تلزمه نفقته كامرأته وولده وغلامه وخادمه ، ثم تلفت أو سرقت ، فلا ضمان عليه ،لأنه بالغ في الحفظ .

ـ من وكّلَ غيره في بيع بضاعة في بلد آخرَ بغيرِ أجرٍ ، فباعها وأخذ ثمنها ، ثم خبأه معه ، فسرق منه ليلا وهو نائم ، أو أخذ منه عنوةً في الطريق ، فلا ضمان عليه ، لأنه بالغ في الحفظ ، والوكيل أمين فلا ضمان عليه ، إلا إذا حدث منه تعدٍّ أو تقصير.

ـ من ضمن الوديعة بالإتلاف ، ضمنها بالتفريط ، إلا إذا كان صبيا مميزا ، فإنه يضمنها بالإتلاف ، ولا يضمنها بالتفريط قطعا .

---

[1] ـ السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ٥٧٤ .

القاعدة الحادية والعشرون
" يقبل قول الأمين في براءة نفسه لا في إلزام الضمان على الغير "

هذه القاعدة تتبع القاعدة السابقة في التمييز بين يد الأمانة ويد الضمان ، ففي حين أن يد الأمانة أي يكون الأصل فيها عدم الضمان ، إلا أن يثبت التفريط أو التعدي ، أما يد الضمان فإن صاحبها يكون ضامنا سواء فرّط أو لم يفرط .

أولا
معنى القاعدة

إن واقع الناس وأحوالهم في الخصومات والنزاعات وحتى الصراعات من أجل حقوقهم يبين مدى أهمية هذه القاعدة الفقهية المتعلقة بقواعد الضمان ، إذ أنها تتحدث عن حالات المتخاصمين بين الوكيل والموكل ، أو بين الوديع والمودِع ونحو ذلك .

فمثلا إذا ادعى الوديع أو الوكيل أن الوديعة أو الوكالة هلكت عنده دون أي تعدي أو تفريط أو تقصير ، لكن في المقابل أنكر المودِع والموكِل وادعى كل منهما أن الوديع أو الوكيل هو الذي أتلفها ، فالقول هنا يكون لمن ؟

فحسب هذه القاعدة الفقهية يكون القول الصحيح والمعتبر هو قول الوديع وليس قول المودِع.
ويؤخذ بقول الوكيل وليس بقول الموكِل ، بسبب أن العلة هي :
أن أصل الوديع وأصل الوكيل هو الأمانة ، والأمانة تقتضي الحفظ ، فلهذا الأمين يكون دائما مصدق باليمين .

إلا أن قول هذا الأمين سواء أكان وديعا أو وكيلا ونحو ذلك ، يقبل فيما يرجع إلى براءة نفسه من الضمان ، لا في إلزام الضمان على غيره "[1].

---

(1) ـ انظر : الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ٢٢٧ .

ثانيا
أدلة القاعدة ومصدرها عند الفقهاء

استدل الفقهاء على هذه القاعدة بقول رسول الله ـــ صلى الله عليه وسلم ـــ :" **لا ضمان على مؤتمن**"[١] ، لأن في العادة والعرف في الأمين أن يحفظ ما تحت يده من أموال الناس وودائعهم ، ويجتهد في ذلك ولا يفرط ولا يقصر.
ومن العلماء من عبر وصاغ هذه القاعدة الفقهية الهامة ، بما يلي :

ـــ ذكر ابن قدامه العلة في عدم ضمان الأمين ، في كتابه "المغني" ، بقوله ـــ رحمه الله ـــ :" لأنه شرط ضمان ما لم يوجد سبب ضمانه ، فلم يلزمه كما لو شرط ما يتلف في يد مالكه "[٢].

ـــ ومثّل لها العلامة الحطاب المالكي بقوله :" ... وإن لم يحضره إلا أن يكون قادرا على الإمكان به ، فيفرط في ذلك أو يتركه أو يغيبه حتى يذهب فيكون ضامنا للمال ، وما لم يفعل شيئا من ذلك فلا ضمان عليه في المال "[٣].

ـــ وأشار إليها السيوطي في الأشباه والنظائر ، بقوله :" كل من ضمن الوديعة بالإتلاف ، ضمنها بالتفريط إلا الصبي المميز ، فإنه يضمنها بالإتلاف على الأظهر ،ولا يضمنها بالتفريط قطعا ،لأن المفرط هو الذي أودعه" [٤].
وهنا لي رأي خاص أعارض فيه العلامة السيوطي ـــ رحمه الله ـــ فيما ذهب إليه بعدم تضمين الصبي المميز بالتفريط ، وأرى أن هذا غير سليم ، فالراجح أن ما أتلفه الصبي سواء أكان مميزا أو غير ذلك ، فهو ضامن سواء من ماله ،أو من مال الوصي أو الوكيل عليه ، وهذا من اجل حفظ حقوق الناس ، وصيانة أموالهم من كل تلف ،أو تفريط ، أو تقصير.

ـــ وقد عبر عنها كذلك ابن نجيم في أشباهه ، بقوله :" كل أمين ادعى إيصال الأمانة إلى مستحقها قُبِلَ قوله ، كالمودع إذا ادعى الردّ والوكيل ، ....فالقول للأمين مع اليمين"[٥].

---

[١] ـ الدار قطني، علي بن عمر(٣٨٥هـ)، سنن الدار قطني، دار المحاسن للطباعة ،القاهرة ،١٣٨٦هـ/١٩٦٦م، جـ٣ /٤١.
[٢] ـ ابن قدامه ، المغني ، ٦ / ٣٠١ .
[٣] ـ الحطاب ، مواهب الجليل ، ٧ / ٣٥٠ .
[٤] ـ السيوطي ، الأشباه والنظائر ، ص ٥٧٤ .
[٥] ـ ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٣٢٨ .

ثالثا
أمثلة تطبيقية على القاعدة

ومن الأمثلة على هذه القاعدة الفقهية ، ما يلي[١] :

١ ـــ الأب إذا مات مجهلاً[٢] مالَ ابنه ، فلا ضمان عليه .

٢ ـــ إذا مات الصبي مجهلا لما أودع عنده محجورا ، فلا ضمان عليه .

٣ ـــ إذا مات الوارث مجهلا ما أودع عند مورثه ، فلا ضمان عليه .

٤ ـــ إذا مات مجهلا لما ألقته الريح في بيته ، فلا ضمان عليه .

٥ ـــ الوصي إذا مات مُجْهلاً، لما وضعه مالكه ،فلا ضمان عليه.

٦ ـــ إذا خلط المتولي الأمين بعض أموال الناس ببعض ، أو خلط الأمانة بماله ، فإنه ضامن ، فالمودع إذا خلطها بماله بحيث لا يتميز ، ضمنها ، ولو أنفق بعضها فرده وخلطه بها ، ضمنها.

٧ ـــ المتولي (المشرف على الوقف) إذا خلط أموال أوقاف مختلفة ، يضمن ،إلا إذا كان بإذن القاضي .

٨ ـــ السمسار إذا خلط أموال الناس وأثمان ما باعه ، ضمن ، إلا في موضع جرت العادة بالإذن بالخلط .

٩ ـــ القاضي إذا خلط ما اليتيم بمال غيره أو مال رجل بمال آخر ، لا يضمن .

١٠ ـــ المتولي إذا خلط ما الوقف بمال نفسه ، يضمن .

١١ ـــ لو أتلف المتولي مال الوقف ثم وضع [٣]مثله ، لم يبرأ .

١٢ ـــ الوصي الأمين إذا خلط مال اليتيم بماله ، لا يضمن.

---

[١] ـ ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٣٢٦ ـ ٣٢٩ .

[٢] ـ مجهلا : بمعنى ألا يبين حال الأمانة حال موته ، وكان يعلم أو وارثه لا يعلمها ، فإن بينها وقال في حياته :رددتها فلا تجهيل إن برهن الوارث على مقالته أي مقالة الميت ، وإلا لم يقبل قوله ، وإن كان يعلم أن وارثه يعلمها فلا تجهيل ، فالمودع إنما يضمن بالتجهيل إذا لم يعرف الوارث الوديعة . انظر : ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ٣٢٦-٣٢٧ .

[٣] ـ المعنى أن المتولي لمال الوقف ،إن أتلف مال هذا الوقف ، لكن جاء بالمثل كتعويض ما قام به من تلف، فإن في هذه الحالة رغم أنه قام بالتعويض اللازم لمال الوقف ، لكنه لا يبرأ من المسؤولية التقصيرية.

القاعدة الثانية والعشرون
" الإجازة تلحق الأفعال "

أولا
معنى القاعدة ومصدرها عند فقهاء الحنفية

تنسب هذه القاعدة الفقهية من قواعد الضمان ، إلى مذهب الحنفية ، لكن رغم ذلك فقد اختلف فيها أبو حنيفة مع أصحابه وأتباعه من الحنفية .

فمعنى هذه القاعدة :
أنه لو قام شخص بإتلاف مال ، أو حرق زرع ،أو إهلاك ماشية ونحو ذلك من الإتلافات ، وهذا على سبيل التعدي والعمد ، فالأصل أن يضمن ما أتلفه بالمثل أو القيمة ، لكن إن جاء المالك للشيء المتلف ،وقال : إني راض وأنا مجيز ما فعله هذا الشخص ،أو إني أمضيته على فعله ،دون أن يطالبه بحق التعويض .
ففي حين ذهب الإمام الأعظم أبو حنيفة النعمان ــ رحمه الله تعالى ــ إلى القول بعبارة بليغة موجزة : " الإجازة لا تلحق الإتلاف "فلو أتلف شخص مال غيره على سبيل التعدي،فقال مالك المال :أجزت أورضيت أوأمضيت،فإن هذا الشخص المتعدي لا يبرأ من الضمان والتعويض[1].
في حين ذهب الإمام محمد بن الحسن ــ رحمه الله تعالى ــ إلى مخالفة شيخه أبي حنيفة ، بقوله : " الإجازة تلحق الإتلاف " كعقود الأوقاف ، فكما ذكر ابن نجيم : أن المغصوب منه مخير بين تضمين الغاصب وغاصب الغاصب إلا في الوقف ، فالمغصوب إذا غصب وقيمته اكثر ،و كان الثاني أملأ من الأول ، فإن المتولي إنما يضمن الثاني" [2].
وهذا الرأي هو الذي رجحه علماء وفقهاء الحنفية[3] ، فقالوا : إن الإجازة تلحق الأفعال والأقوال ، فتلحق بالإتلاف ، لأنه من جملة الأفعال .
وذكر ابن نجيم : أن الإجازة تلحق الأقوال والأفعال ، فقال أن الآمرَ لا يضمن بالأمر في هذه الحالة إلا في خمس مسائل هي :
١ ــ إذا كان الآمر سلطانا.
٢ ــ إذا كان مولى للمأمور.
٣ ــ إذا كان المأمورعبد للغير كأمره عبد الغير بالإباق[4]أو بقتل نفسه ، فإن الأمر يضمن ، إلا إذا أمره بإتلاف مال سيده ، فلا ضمان على الآمر.

---

(1) ـ ابن نجيم ، الأشباه والنظائر، ص ٣٣٨ ـ ٣٣٩ . ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم (٩٧٠هـ) ، القواعد الزينية في مذهب الحنفية ،تحقيق أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ،دار ابن الجوزي ،السعودية ،الطبعة١ ، ذو الحجة ١٤١٤هـ/١٩٩٤م ، ص ١٤٥ .
(2) ـ المصدر نفسه ، ص ١٤٥ .
(3) ـ المصدر نفسه ، ص ١٤٥ .
(4) ـ حاولت في هذه الدراسة تجنب الكثير من الأمثلة التي ذكرها وطبقها فقهاؤنا ـ رحمهم الله تعالى ـ حول مسألة العبيد والرقّ و الأمَة ، وما يسمى بالعبد الآبق ونحو ذلك ، مما هو كثير جدا في كتب الفقه القديمة ، وهذا إن دل على شيء ، فإنما يدل على عصرهم الذي عاشوه وعاصروه . لكن في دراستنا هذه التي تغير فيها العصر وظروفه عن الماضي فليس فيه الآن ولله الحمد عبيد ولا إماء ولا رقّ.........، فالعصر الذي نعيشه عصر الحرية ، وهذا من عظمة ديننا ، وشريعتنا الغراء في معالجة هذا الانحراف الفطري للإنسان واستعباده في القديم ، بأن ضيق مداخله ووسع في المقابل مخارجه ، كما ذكر ذلك أستاذنا الفاضل الدكتور عبد المجيد الصلاحين ، في كثير من محاضراته ،حتى جعل الإسلام العظيم عتق الرقبة من أعظم القربات عند الله ، ناهيك عن الكفارات في القتل والصيام ونحو ذلك .

٤ ـــ إذا كان المأمور صبيا ، كما إذا أمر صبيا بإتلاف مال الغير، فأتلفه ، ضمن الصبي ، ويرجع به على الآمر.

٥ ـــ إذا أمره بحفر باب في حائط الغير فحفره ، فالضمان على الحافر ، ويرجع به على الآمر .

ثانيا

أمثلة تطبيقية على القاعدة

و لإيضاح هذه القاعدة الفقهية أكثر سوف نورد بعض الأمثلة عليها ، بما يلي[١] :

١ ــ لو غصب إنسان شيئا وقبضه ، فأجاز المالك قبضه ، برئ الغاصب عن الضمان .

٢ ــ لو انتفع الغاصب بالشيء ، فأمره المالك بحفظه له ، لم يبرأ من الضمان .

٣ ــ لو رد الغاصب الشيء المغصوب على أجنبي (أي غير المالك) ، فأجاز المغصوب منه ، قبض ذلك الأجنبي ، برئ الغاصب من الضمان .

٤ ــ إذا بعث المدين بالدين مع رجل إلى الدائن ، فجاء المبعوث و أخبر الدائن بذلك ورضي بإرسال الدين معه ، وقال له : اشتر به شيئا ، فذهب واشترى ببعضه شيئا وهلك الباقي ، فيهلك من مال الدائن ، لأن الرضا ببعث الدين في الانتهاء بمنزلة الإذن بالقبض في الابتداء .

٥ ــ إذا تصدق الملتقط باللقطة على فقير بعد تعريفها والإعلان عنها سنة ، ثم جاء صاحبها بعد التصدق بها ، فأجاز تصدق الملتقط بها ، صحت الصدقة و يكون له ثوابها ، لأن تلك الإجازة كالإذن بالفعل ابتداءً.

٦ ــ لو تلف المال من يد الفقير ، صحت الصدقة ، لأن الإذن بالتصدق قد حصل سابقا من الشرع لا من المالك .

---

[١] ـ انظر : ابن نجيم ، الأشباه والنظائر ، ص ١٧٢ .

القاعدة الثالثة والعشرون
" الأمر بالتصرف في ملك الغير باطل "

هذه القاعدة الفقهية تدخل في نطاق عدم التصرف في أملاك الغير إلا بإذن أصحابها ، لذا فهي فرع من قاعدة " لا يجوز لأحد أن يتصرف في ملك الغير بغير إذنه ".

أولا
معنى القاعدة

فمعنى القاعدة إجمالا :

أنه إذا أمر شخص ما غيره بالتصرف في أملاك شخص آخر بغير إذنه ، فلا عبرة بهذا الأمر ، أي لا حكم له باعتباره حكما باطلا ، فإن كان هذا المأمور عاقلا بالغا راشدا ، ولم يكن الآمِر مجبراً للمأمور ، فتكون المسؤولية أو الضمان حينئذ على المأمور الذي تصرف في حق الغير بلا إذن من صاحبه ، وأيضا باعتباره هو العلة المؤثرة في الشيء ، في حين الآمِر كان سببا فقط .

ولأن أملاك الإنسان هي ما يملكه ويحق له التصرف فيها ، وقد أثبت الشرع حقوق الملكية للإنسان ،أما غير المالك فلا يجوز له أدنى تصرف فيها ، وذلك لأن فاقد الشيء لا يعطيه ، فمن لا يملك التصرف لا يملك الأمر به .

فإن تصرف أحد في أملاك الغير بأمر من شخص ما دون جبر أو إكراه ، فتكون المسؤولية على المأمور ، وهذا لقاعدة " يضاف الفعل إلى الفاعل ، لا إلى الآمِر ما لم يكن مجبرا "[١].

ولإعمال هذه القاعدة اشترط العلامة علي حيدر في درر الحكام ثلاثة شروط هي[٢]:

١ ــ أن يكون التنفيذ في ملك الغير ، إما إذا كان التنفيذ في ملك الآمر فلا ضمان على المأمور ، لأنه إذن بالإتلاف.

٢ ــ أن لا يكون الآمر مجبرا للمأمور على التنفيذ ، وإلا كان الآمر ضامنا.

٣ ــ أن لا تكون للآخر ولاية ما على المال ، كما لو أعار أحد الشركاء المال المشترك بدون إذن شركائه ، وأمر أحداً أن يسلم العارية إلى المستعير ، فامتثل المأمور فالضمان على الشريك لا على المأمور فيما لو هلكت العارية.

---

(١) ـ انظر : الزحيلي ، القواعد الفقهية ، ص ٥٠٨ . شبير ، القواعد الكلية ، ص ٣٣٦ .
(٢) ـ حيدر ، درر الحكام ،١/ ٨٤ .

ثانيا
أمثلة تطبيقية على القاعدة

ومن الأمثلة والمسائل التطبيقية على هذه القاعدة ، ما يلي[1]:

١ ـ أودع رجل ماله عند آخرَ ، وقال له :إن مت فادفعه لابني ، فمات ، فدفعه إليه ،وله وارث غيره ، ضمن المودَع نصيب الثاني ،لأنه في تصرف في ملك الوارث بغير إذنه.

٢ ـ لو قال رجل لآخر : إن مت فادفع هذا المال الذي أملكه إلى فلان ، وهو غير وارث ، فدفعه إليه ، ضمن الدافع كذلك .

٣ ـ إذا لم يكن المأمور عالما بأن المال لغير الآمر ،و أوهَمَه الآمر أنه له ، كما لو قال له : اذبح لي شاتي هذه (بياء المتكلم) ،فإن لصاحب المال تضمين المأمور ، وللمأمور أن يرجع على الآمر بما ضمن لتغريره إياه.

٤ ـ لو قال الدائن للمدين:ارم ديني في البحر فرماه،لم يبرأ،لأن الدّين شاغل للذمة اعتبارا ، وليس متعلقا بعين مال المدين ، لأنه رمى مال نفسه ، والأمر باطل وعليه دفع الدين.

---

[1] ـ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ،ص ٤٥٩ ـ ٤٦٠ .الزحيلي ، القواعد الفقهية ،ص ٥٠٩ .الزرقا ، المدخل ، ١٠٤٢/٢ .

القاعدة الرابعة والعشرون
" المفرّط ضامن "

أولا
معنى القاعدة

أن من حاول إتلاف مال غيره على سبيل التعدي ، يعتبر ضامنا له، فمن ضاع منه شيئا على سبيل القهر والغلبة من غير تفريط ولا إهمال منه ، فإنه لا يضمنه[١].

ثانيا
أدلة القاعدة

واستدل المالكية والحنابلة على صحة هذه القاعدة :
١ ـ قوله تعالى : " **إن الله يأمركم أن تؤدوا الأمانات إلى أهلها** "[٢].

٢ ـ دليل لما جاء الأعرابي الذي زنا ابنه بامرأة آخر ، واصطلحا على مائة شاة ووليدة ، فقص القصة على رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ فأبطل اتفاقهما وقال : " لأ قضينّ بينكما بكتاب الله ، الوليدة والغنم ردٌّ ، وعلى ابنك جلد مائة وتغريب عام ، وقال : واغد يا أنيس إلى امرأة هذا ، فإن اعترفت ، فارجمها"[٣].
فإذا فأي تفريط في حقوق الناس ، يجب فيه الضمان ، إلا ما كان من حقوق الله تعالى.
وعلق العلامة ابن حجر العسقلاني عى هذا الحديث ، بقوله :" ويستفاد من الحديث أن كل شرط وقع في رفع حد من حدود الله ، فهو باطل ، وكل صلح وقع فيه ، فهو مردود "[٤].

٣ ـ حديث " **على اليد ما أخذت حتى تؤديه** "[٤] ، في حال ما إذا ثبت تفريطه في أموال الناس أو وودائعهم التي من الواجب المحافظة عليها .
كما هو الشأن في عادات الناس وأعرافهم في الائتمان على هذه الأموال والودائع ونحو ذلك ، فإنه في حال التفريط فيها يكون ضامنا لها.

٤ ـ ما روي عن أنس بن مالك ـ رضي الله عنه ـ :أن سيدنا عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ ضمّنه وديعة كانت معه ، فسرقت أو ضاعت منه[٥].
فعُمَرـ رضي الله عنه ـ لم يكن ليضمّنَه إياها إلا في حال التفريط فيها.

٥ ـ حديث رسول الله ـ صلى الله عليه وسلم ـ: " **لا ضمان على مؤتمن** "[٦].

---

[١] ـ الروكي ، قواعد الفقه ، ص ٢٢٩ . ابن قدامه ، المغني ، ٢ /٢٨٨ .
[٢] ـ سورة النساء ، الآية :٥٨ .
[٣] ـ البخاري ، صحيح البخاري ، باب الشروط التي لا تحل في الحدود ، ٣ / ٢٥٠ .
[٤] ـ ابن حجر ، فتح الباري شرح صحيح البخاري ،دار الفكر ،بيروت ، ط١ ،١٤١١هـ/ ١٩٩١ م ،٥/ ٤٢٣ .
[٤] ـ سبق تخريجه ، ص ٥٢.
[٥] ـ سبق تخريجه ،ص ١٢٨.
[٦] ـ سبق تخريجه ، ص ١٥٠ .

ثالثا
أمثلة تطبيقية على القاعدة

١ ـ المستعير الذي يهمل العارية ولا يحفظها حتى تضيع ، يضمنها .

٢ ـ الوديع الذي يعرض الوديعة للهلاك فتضيع ، يضمنها .

٣ ـ مستأجر العين إذا فرط فيها فضاعت ، يضمنها .

٤ ـ المارّ بغنمه على زرع غيره ، فأفسدته وهو معها ، يضمنه .

٥ ـ من ضاعت منه وديعة قهرا وغلبة من غير تفريط ولا إهمال منه ، فلا يضمنه .

ومما يلاحظ على هذه القاعدة أنها تعكس قاعدة " لا ضمان على المبالغ في الحفظ " ،فهي تدخل خصوصا في نطاق أحكام الوكالة والوديعة ، فمن بالغ في حفظ الوديعة أو الوكالة ، فهلكت أو تلفت ، فلاضمان على الوديع أو الوكيل ونحو ذلك ، لكن إن فرط فيها بإهمال أو تقصير ، فيجب ضمانها [1].

[1] ـ انظر :الروكي ، قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف ، ص ٢٢٩ .

القاعدة الخامسة والعشرون
" الغارُّ ضَامِنٌ "[١]

أولا
مصدر القاعدة وأمثلة تطبيقية عليها

هذه القاعدة الفقهية أوردها العلاّمة الفقيه ابن قدامه ـــ رحمه الله ـــ وهي ملحق لقاعدة " المفرط ضامن " ، فمن فرط في الوديعة أو الأمانة كان ضامنا لها ، ومن غرَّرَ في بيع أو صلح ، كان ضامنا له ، لأن التغرير يعتبر من التفريط والتعدي ، بحيث يكون الشخص الغارّ يستخدم وسائل كاذبة وحركات مضللة وإشارات موهِمة للغير خداعا ونصبا وتحايلا وتدليسا ونحو ذلك ، فلزم سدّ هذه الذريعة أمام المحتالين والخادعين بتضمين هؤلاء الغارّين والمدلسين على الناس ، حفظا لأموال الناس ومصالحهم ، وصونا لحقوقهم .

ومن الأمثلة التطبيقية على هذه القاعدة ، ما يلي :

١ ـــ من زاد في السلعة من لا يريد شراءها ، ليقتدي به المستام ، فيظن أنه لم يزد هذا القدر إلا وهي تساويه ، فيغتر بذلك ، وهو خداع حرام ، "فالغرور موجب للخيار"[٢].

٢ ـــ من اشترى مصراة [٣] من بهيمة الأنعام ، ولم يعلم بتصريتها ، ثم علم ، فله الخيار في الرد أو الإمساك .

٣ ـــ الزوج إذا غرّر به ، وكان التغرير مِمّن له المهر ، فلا شيء عليه [٤].

ومثال ذلك ما يقع لبعض الأشخاص حين يريد الزواج بفتاة بمواصفات معينة ، فيغرر به بفتاة ما على غير ما يريد ، ويدفع المهر المطلوب ، فالضامن هو من قام بالتغرير ،ولا شيء على الالشخص الراغب في الزواج.

---

[١] ـ ابن قدامه ، المغني ، ٥٦/٧ .
[٢] ـ المصدر نفسه .
[٣] ـ معنى المصراة : هي الناقة ،أو البقرة ، أو الشاة، يجمع فيها اللبن و يحبس في ضرعها للخداع والحيلة على الناس .
[٤] ـ المصدر نفسه ، ص ٧ /٥٦ .

القاعدة السادسة والعشرون
" مَنْ مَلَكَ شيئا مَلَكَ ما هو من ضَروراتِه "[١]

أولا
معنى القاعدة وأمثلة تطبيقية

ومعنى هذه القاعدة : أن ملك شيئا ما، فالضرورة الطبيعية أنه قد ملك ما هو من ضروراته .

ومن الأمثلة على هذه القاعدة [٢]:

١ ـــ لو اشترى شخص داراً مثلا ، فقد ملك الطريق الموصل إليها بدون تنصيص عليه ، ما لم يكن في ملك خاص .

٢ ـــ لو اشترى رحى مبنية ، فإنه يدخل فيها المجرى الأعلى.

٣ ـــ من اشترى قفلاً ، فقد ملك مفتاحه.

٤ ـــ من اشترى بقرة حلوبا لأجل اللبن ، فقد دخل عَجّولُهَا .

٥ ـــ لو عرض الدّلال السلعة المبيعة على رب الدكان ، و تركها عنده ، فهرب ربّ الدكان وذهب به ، لم يضمن الدّلال في الصحيح ، لأنه أمر لا بد منه في البيع فكان مأمورا به ، بخلاف ما لو أخذ وكيل الشراء على سوم الشراء فهلك في يده ، وقد بين الثمن ، فإنه يضمن ولا يرجع على موكله ، إذا لم يكن أمره بالأخذ على سوم الشراء ، إذ الأمر بالشراء لم يكن أمرا بالقبض على سوم الشراء .

---

[١] ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة : ٤٩ .

[٢] ـ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٢٦١ .

القاعدة الثامنة والعشرون
" لا عبرة بالظن البيِّن خَطؤه "[١]

أولا
معنى القاعدة وأمثلة تطبيقية

هذه القاعدة الفقهية تكون عند عدم التأكد من صحة وقوع الأشياء على سبيل اليقين والجزم وهذا وفق قاعدة "اليقين لا يزول بالشك" ومعنى هذه القاعدة : "لا عبرة " بمعنى لا اكتراث ولا مبالاة "، أما معنى "بالظن البيّن خطؤه"أن هذا الظن يلغى ، ويجعل كأن لم يكن ، سواء أكان الخطأ ظاهرا مبيّنا للحال ، أو كان الخطأ خفيّاً ثم ظهر فيما بعد[٢].

ومن تطبيقات هذه القاعدة ما يلي[٣]:

١ ــ لو دفع القصار إلى المالك ثوب غيره ، فأخذه على سبيل الظن أنه له ، يضمن .

٢ ــ لو أتلف مال غيره ، يظنه ماله ، ضمّنه .

٣ ــ لو دفع الأصيل الدّين بعد أن دفعه وكيله أو كفيله وهو لا يعلم ، فإنه يسترده .

٤ ــ لو دخل رجل الحمام وقال للحمّامي : احفظ الثوب ، فخرج ولم يجد ثيابه ، فقال الحمامي : إني رأيت أحدا رفع ثيابك إلا أني ظننت أن الرافع أنت ، فإنه يضمن .

٥ ــ لو دفع نفقة فرضها القاضي عليه ، ثم تبين عدم وجوبها ن رجع بها .

٦ ــ لو ادعى أن عليه ديناً فصالحه عنه على بدل ، ثم تبين أن الدين ليس عليه ، فله أن يسترد البدل .

---

(١) ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة : ٧٢ .
(٢) ـ انظر: الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ، ص ٣٥٧ .
(٣) ـ نفس المرجع السابق ، ٣٥٨ ـ ٣٥٩ .

القاعدة التاسعة والعشرون
" ما ضمن كله بالقيمة عند التلف ، ضمن بعضه بعضا "[١]

أولا
معنى القاعدة وأمثلة تطبيقية

وهذه القاعدة معناها :أن كل ما تلف كلية بالقيمة يكون ضامنا لها ، وإن تلف بعضها يضمن ما تلف من ذلك البعض .

ومن تطبيقات هذه القاعدة [٢]:

١ ـ الغاصب إذا غصب شيئا كله يضمنه ، وإن تلف بعضه ، يضمن ذلك البعض التالف.
٢ ـ إذا تحالف البيعان ،والمبيع تالف ، فيغرمه ، فلو وجد لكنه ناقص ، فإنه يغرم الأرش وهو قدر الناقص من القيمة ، باعتبار أن الكل مضمون على البائع بالثمن ،فكذلك البعض.
٣ ـ لو ظهر مالك اللقطة وهي تالفة ، فإن الملتقط يغرمها ، وإن كانت ناقصة يضمن الأرش ، لأن الكل مضمون عليه.

ويستثنى من هذه القاعدة صور[٣] :

١ ـ المستعار إذا تلف كله في يد المستعير في غير الوجه المأذون ، ضمنه على المشهور .

٢ ـ لو طلق قبل الدخول والصداق تالف فله البدل ، فلو كان معيبا فلا أرش له إن رجع في نصفه ، وإن شاء رجع إلى قيمة نصفه.

٣ ـ رجع البائع في المبيع عند إفلاس المشتري ووجده ناقصا بآفة سماوية ، أو بإتلاف البائع وأراد الرجوع فيه فلا أرش له في الأولى قطعا، ولا في الثانية على المذهب.

٤ ـ القرض إذا تعيب في يد المقرض ،ثم رجع المقرض ، فإنه يتخير إن شاء رجع فيه نقصا وغن شاء رجع بمثله إن كان مثليا.

---

(١) ـ الزركشي ، المنثور من القواعد ، ٢ / ٨٦.
(٢) ـ المصدر نفسه .
(٣) ـ المصدر نفسه ، ٢ / ٨٧ .

القاعدة الثلاثون
" إذا سقط الأصل سقط الفرع "[١]

أولا
معنى هذه القاعدة الفقهية

أنه إذا سقط الأصل فإن الفرع يكون ساقطا تبعا له ، لكن لا يحصل العكس، فلو أبرأ الدائن الأصيل عن الدين ، برئ الكفيل بالمال عن الكفالة، بخلاف ما إذا أبرأ الكفيل فإنه لا يبرأ الأصيل[٢].

ثانيا
من تطبيقات هذه القاعدة [٣]:

١ ــ لو حلف ليقضين دينه غدا مثلا، فأبرأه الدائن عن الدين قبل مضي الغد ،أو حلف ليشربن ماء هذا الكوز اليوم ، وكان فيه ماء فصبّ قبل مضي اليوم، بطلت اليمين ، لكون بقائها فرعا عن بقاء الدين وبقاء الماء.

٢ ــ لو أبرأ المرتهن الراهن عن الدين ،أو وهبه له سقط ضمان الرهن وانقلب أمانة، فإذا هلك في يد مرتهنه بلا حبسه يهلك أمانة ، بخلاف ما بعد إيفاء الدين ،فإنه مضمون، وذلك لأنه بالإيفاء لم يسقط الدين ، لأن الديون تقضى بأمثالها.

---

(١) ـ مجلة الأحكام العدلية ، المادة :٥٠ .
(٢) ـ الزرقا ، شرح القواعد الفقهية ،ص ٢٦٣ .
(٣) ـ المرجع السابق ، ص ٢٦٣ ـ ٢٦٤ .

وفي نهاية هذا الفصل :
أرى من الأهمية بمكان أن أقدم خلاصة لهذه القواعد الفقهية المتعلقة بالضمان في الفقه الإسلامي ، وأثرها في هذا العصر، في زمن اتسم بضعف الوازع الديني في النفوس ، وفساد الذمم ، وغلبة أخلاق المادية النفعية على أخلاق الطهارةِ والصدقِ والنقاء والصفاء عمومًا.

فخلاصة القول :
أن هذه القواعد الفقهية لها جانب هام في ارتباطها بنظرية الضمان ، خاصة في هذا العصر الذي نعيشه ، والذي حاول الناس الامتهان بكثير من المهن والحرف والصنعة ، حتى شملت قطاعات كبيرة من الوظائف الكثيرة للناس ، مما أدى بالأمر بضرورة تحديد مسؤولية هؤلاء المهنيين والحرفيين و كذا الموظفين ، فإنه إذا حدثت أية واقعة أو حادثة كانت مخالفة لأصول وأسس المهنة أو الحرفة ، وذلك نتيجة لتقصير أو إهمال أو تفريط ،أو تعدٍّ ونحو ذلك .

وترتب بالتالي كنتيجة على ما حصل ضرر بالأفراد أو الجماعات أو الأموال ، فهذا أمر يقضي بمطالبة الضمان والتعويض ، بالمثل إن كان مثليا ، أو قيميا إن كان قيميا ، وأيضا يكون التضمين حفظا لأموال الناس ، وصيانة لحقوقهم.
فمثلا نجد في حياتنا :

ــ الطبيب أو الجراح الذي يجري العمليات الجراحية للمرضى دون أي اهتمام بخطورة ما يعمل وما سوف يحصل لذلك المريض ، وكذا المزاولة غير الشرعية لمهنة الطب.

ــ وكذا المهندس الذي يهمل واجباته في أصول البناء ، فتنهار الجسور أو العمارات والبنايات على أصحابها .

ــ وحتى القاضي الجائر الذي يجور في أحكامه ، ويتم إصدارها وفق هواه ومزاجه ورغباته المادية ، فيتم حبس بعض الناس دون وجه حق ، أو منح وإعطاء أو حرمان مال للبعض دون وجه حق أيضا.

ــ وأيضا مسؤولية المربي والمعلم والأستاذ في تربية الأجيال ، إما صلاحا وتقويما ، أو اعوجاجًا وانحطاطًا،وما يتبع ذلك من عاهات جسدية للتلاميذ والطلبة أوالأساتذة والمدراء.

ــ وأيضا مسؤولية سائقي سيارات الأجرة ووسائل النقل العام في الطرق ، ومسؤولية السادة والمخدومين ، ومسؤولية مساعدي الأطباء في المستشفيات ، ومسؤولية إهمال الموظفين والإخلال بواجبات الوظيفة ، ومسؤولية إهمال المقاولين في البناء خلافا للمواصفات العلمية والقانونية ، ومسؤولية التجار الذين أفلسوا بالتقصير ، ومسؤولية أصحاب السفن البحرية والمراكب الشراعية ، ومسؤولية أصحاب الحيوانات في الطرقات والشوارع ، و كذا حراس الحيوانات في حدائق التسلية ونحو ذلك .....الخ [1].

---

(١) ـ لمزيد من التفصيل ، أنظر:علي المتيت ، جرائم الإهمال ، ص ١٩٤ ـ ٢٤١ ـ٢٤٢ـ٢٥١ـ ٢٥٨ـ ٢٦٣ـ ٣٠٣ـ٣١١ .

كل هؤلاء وغيرهم ــ بموجب قواعد نظرية الضمان في المباشرة والتسبب والاضطرار والغصب والمثل بالمثل والقيمة بالقيمة ، وغيرها من قواعد الضمان في الشريعة الإسلامية الغراء ، أن يكون هؤلاء هم الذين يتحملون مسؤولياتهم عن جميع أخطائهم سواء أكانت أخطاء في التفريط أو التعدي أو التقصير أو الإهمال ...

وبالتالي تكون نتيجة تصرفاتهم وأعمالهم بأن يكونوا ملزمين بالتعويض والضمان ، وهذا صونا لأموال الضعفاء من الناس ورعاية لمصالحهم ، وحفظا لحقوقهم وأموالهم ، وهذا مقصد من مقاصد شريعتنا العادلة.

الفصل الثالث

الضوابط الفقهية المتعلقة بالضمان

سبق في الفصل التمهيدي حين عرفنا الضوابط الفقهية أنها تجمع فروعا شتى لكن في باب واحد ، عكس القواعد الفقهية التي تجمع فروعا شتى لكن في أبواب شتى. وقد أوضحنا الفروق بين الضوابط الفقهية والقواعد الفقهية .

وكما نعرف فقد بدأ الفقه الإسلامي في أول الأمر بالفروع الفقهية والكثير من الجزئيات الفقهية ، ثم انتقل الفقهاء حين رأوا الكثير والكثير من هذه الفروع والجزئيات المتناثرة في الفقه وأبوابه المتشعبة ، إلى جمع هذه الفروع والجزئيات والأحكام الفقهية إلى قواعد فقهية وإلى ضوابط فقهية ، هذا التقعيد جعل الفقهاء المعاصرين بعد النهضة العلمية يعملون على جمع هذه القواعد الفقهية والضوابط الفقهية على شكل عقد منظوم يجمع شتاتها ويؤلف بين فروعها ، حتى تصبح كأنها عائلة واحدة بينها صفة وصلة القربى ، وهو ما يسمى بالنظريات الفقهية العامة.

فالضوابط الفقهية تشمل كل القضايا المتعلقة بباب واحد من أبواب الفقه الإسلامي الواسع أو بموضوع واحد من موضوعات الفقه ، كالموضوع الذي ارتأينا دراسته في هذه الدراسة العلمية الدقيقة ، في فقه الضمان كنظرية عامة وشاملة في الفقه الإسلامي ، لها موضوع ، وأركان ، وشروط ، وأسباب ، وأقسام ، وقواعد ، وضوابط ، كنظرية خاصة في الضمان المراد دراستها ، و كغيرها من النظريات الفقهية الأخرى كنظرية العقد والملكية ، ونظرية الشرط ، ونظرية الدعوى ، ونظرية المؤيدات الشرعية ، ونظرية الحق وغير ذلك.

وفي هذا الفصل ــ إن شاء الله تعالى ــ نحاول أن نركز على الضوابط الفقهية التي تتعلق بموضوع الضمان ، ومصادره التي وردت فيها هذه الضوابط ، وكذا عرض مسائله وفروعه الفقهية التي خرج عليه الفقهاء .

وسيكون منهجي في تناول الضوابط الفقهية ــ بحول الله تعالى ــ قريبا جدا من منهج تناول القواعد الفقهية التي تعلقت واشتملت على دراسة الضمان كنظرية شاملة.

ويتلخص منهجي في النقاط التالية :

١ ــ بيان معنى الضابط .

٢ ــ مصدر هذا الضابط .

٣ ــ الفروع الفقهية الواردة في هذه الضابط .

وفيما يلي بيان ذلك :

الضابط الأول

" الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه ثلاثة : يد يمكن أن يثبت باستيلائها الملك فينتفي الضمان عما يستولي عليه ، سواء حصل الملك به أو لم يحصل ، ويد لا يثبت لها الملك وينتفي الضمان ، ويد لا يثبت لها الملك ويثبت عليها الضمان "

أولا
معنى الضابط

فالأصل أنه لا يحل في الشرع لأي إنسان أن يتصرف في أموال الآخرين بدون إذن أصحابها ، ولقد سبق أن ذكرنا أو وضع اليد[1] على الأشياء يعتبر من مصادر الضمان سواء أكانت اليد غير مؤتمنة أم كانت اليد مؤتمنة .
فإن كانت يدا غير مؤتمنة فهي إما أن تكون بغير إذن المالك ،مثل يد السارق ويد الغاصب ، أو هي بإذن المالك مثل يد البائع على المبيع قبل القبض،ويد المشتري بعد قبض المبيع.
أو هي أصلا يد مؤتمنة مثل يد الوديع ويد المضارب ويد الوصيّ ويد الحاكم وغيره.
فالمراد من هذا الضابط أن الأيدي التي تستولي على أموال الناس بغير إذن صريح من أصحابها ، لا تخلو من ثلاث حالات هي :

الحالة الأولى : وهي اليد التي تفيد الملك بالاستيلاء وتنفي الضمان .

الحالة الثانية : وهي اليد التي لا تفيد الملك بالاستيلاء وتنفي الضمان .

الحالة الثالثة : وهي اليد التي لا تفيد الملك وتثبت الضمان .

فهذه الحالات الثلاث ، منها ما يستوجب الضمان والتعويض كالحالة الثالثة ، ومنها ما لا يستوجب فيها الضمان كالحالتين الأولى والثانية .

---

[1] ـ لمزيد من التفصيل ، انظر : الفصل الأول ، مبحث مصادر الضمان (وضع اليد) ص ٥٢ .

ثانيا
مصدر الضابط[١]

هذا الضابط يعتبر من الضوابط الفقهية الذي ارتبط بنظرية الضمان في الشريعة الإسلامية ، والذي يحدد بالضبط حالات الضمان في اليد المؤتمنة واليد غير المؤتمنة سواء أكان بإذن المالك أو بغير إذنه.

وقد أورد هذا الضابط الفقهي العلامة ابن رجب الحنبلي ـــ رحمه الله تعالى ـــ في كتابه القيم " القواعد في الفقه الإسلامي "[٢] ، في باب الحوالة والضمان " من له ولاية شرعية بالقبض " ، والقاعدة كان رقمها : القاعدة التسعون .

---

(١) ـ ابن رجب ، القواعد في الفقه ، ص ١٩٨ . رقم : القاعدة التسعون .

(٢) ـ هذا الكتاب سمّي في أول الأمر ب" تقرير القواعد وتحرير الفوائد " ،ثم اشتهر باسم القواعد ، ويعتبر كتاب " القواعد في الفقه الإسلامي " من أنفس وأحفل كتب القواعد في الفقه الحنبلي بل في الفقه الإسلامي بشكل عام ، لما حمله من الثروة الفقهية ما يجل عن الوصف و البيان ، وقد أثنى عليه القدماء قديما ، حتى قالوا أنه من عجائب الدهر ، ومما يدهش العقول والألباب ، أن صاحبه ألفه في أيام يسيرة على سبيل الإعجال و الارتجال ـ ذكر ذلك بنفسه في مقدمة كتابه رحمه الله تعالى ـ وقد شهد له معاصروه أنه من الوعاظ المخلصين والدعاة الناصحين ، حتى اجتمعت عليه الفرق ، ومالت القلوب إلى محبته. انظر :الندوي ، القواعد ، ص ٢٥٦ ـ ٢٥٧ .

ثالثا
فروع الضابط الفقهية

وقد أورد العلامة ابن رجب الحنبلي بعض الأمثلة والمسائل التطبيقية على هذا الضابط الفقهي الهام من ضوابط الضمان ، وهي بما يلي[١] :

ففي الحالة الأولى : التي تفيد الملك بالاستيلاء وتنفي الضمان :

١ ـ استيلاء المسلمين على أموال أهل الحرب .

٢ ـ استيلاء الأب على مال الابن ، فإن استولى الأب على مال ابنه فلا ضمان عليه ، حتى لو أتلفه على الأصح عند الحنابلة.

أما الحالة الثانية : التي لا تفيد الملك بالاستيلاء وتنفي الضمان :

١ ـ من له ولاية شرعية على القبض ، كالأب والوصي عند قبض مال القاصر.

٢ ـ من قبض المال بنية الحفظ على صاحبها المالِك ،كالذي وجد اللقطة ،فإنه لا يضمنه.

٣ ـ الطائفة التي خرجت على الحاكم أو إمام المسلمين ، وهم الذين يسمون بالبغاة ، فلا يضمن الحاكم وجيشه ما يتلفونه من أموال هؤلاء البغاة .

٤ ـ أهل الردّة إذا لحقوا بدار الحرب على المسلمين ، أو أنهم اجتمعوا في مكان حصين ومنيع ، ولهم قوة وسطوة وجبروت ، فلا يضمن ما يتلف من أموالهم إلحاقا لهم بأهل دار الحرب.

أما الحالة الثالثة: وهي التي لا تفيد الملك وتثبت الضمان :

١ ـ وهي اليد العادية التي تعدّتْ وفرّطت ، فبالتالي يترتب عليها الضمان ، مثل يد الغاصب ويد السارق ونحو ذلك.

---

(١) ـ ابن رجب ، القواعد في الفقه ، ص ١٩٨ ـ ١٩٩ ، بتصرف .

الضابط الثاني

" قبضُ مال الغير من يد قابضِه بحق بغير إذن مالكِه ، إن كان يجوز له إقباضه فهو أمانة عند الثاني إن كان الأول أمينًا وإلاّ فلا ، وإن لم يك إقباضُه جائِزًا فالضَمان عليه ، ويتخرج وجه آخرَ ألاّ يضمن غير الأوّل "

أولا
معنى الضابط

أن من قبض ماله بحق من مال غيره من الناس كالوديعة والمضاربة ، لكن دون إذن من مالكه ، ففي هذه الحالة يكون لنا أمرين هما :

ـ إن كان يجوز للثاني أن يُقبض للأوّل مَاله وهو حق له ، فهذا يعتبر أمانة عند الثاني ، باعتبار أن الأول أمينًا .

ـ وإن لم يكن الثاني لا يجوز له إقباض ذلك المال للأول بالرغم أنه حق له ، ففي هذه الحالة يكون الضمان على الثاني ، باعتباره غاصبا أو سارقا ونحو ذلك ، ورأي آخر أن الذي يضمن هو الأول وليس الثاني.

ثانيا
مصدر هذا الضابط[1]

أورد هذا الضابط العلامة الفقيه ابن رجب الحنبلي في قواعده ، في باب الشركة ، وكان رقم القاعدة : القاعدة الرابعة والتسعون .

---

[1] ـ ابن رجب ، القواعد في الفقه ، ص ٢٠٨ .

ثالثا
الفروع الفقهية للضابط

وقد ذكر ابن رجب ــ رحمه الله ــ عدة صور لهذا الضابط ، نذكر بعضها ، بما يلي[٢]:

١ ــ مودِع المودع ، فإن كان حيث يجوز الإيداع فلا ضمان على واحد منهما ، وإن كان حيث لا يجوز فالضمان على الأول .

٢ ــ المستأجر من المستأجر إن كان يجوز الإيجار بمن يقوم مقامه في الانتفاع ، فلا ضمان عليه في هذه الحالة ، وإن كان ممن لا يجوز له الإيجار فالضمان على الأول ، ويتخرج وجه آخر أنه لا ضمان على الثاني .

٣ ــ المستعير من المستعير، فإن كان ممن يجوز له،فكل منهما ضامن للعين ، فإن تلفت عند الثاني ضمّنه المالك كما لو كان هو المعير ، إن كان عالما بالحال،ويتخرج وجه آخر أنه لا يضمن الثاني إذا لم يعلم بالحال.

٤ ــ المستعير من المستأجر، لا ضمان عليه ، لأنه أمين لقبضه من يد أمين .

٥ ــ المشتري من الوكيل المخالف مخالفة أفسد بها البيع،فإذا تلف المبيع في يده ،فللموكِل تضمين القيمة بمن شاء منهما الوكيل أوالمشتري،أو يضمن الوكيل ويرجع على المشتري.

---

(٢) ـ ابن رجب ، القواعد في الفقه ، ص٢٠٨ ـ ٢٠٩ ، بتصرف .

الضابط الثالث

" من أتلف مال غيره وهو يظن أنه له ، أو تصرف فيه يظن لنفسه ولاية عليه ، ثم يتبين خطأ ظنه ، فإن كان مستندا إلى سبب ظاهر من غيره ثم تبين خطأ المتسبب ، أو أقر بتعمده للجناية ضمن المتسبب ، وإن كان مستندا إلى اجتهاد مجرد ، كمن دفع مالا تحت يده إلى من يظن أنه مالكه ، أو أنه يجب الدفع إليه أو انه يجوز ذلك ، أو دفع ماله الذي يجب عليه إخراجه لحق الله إلى من يظنه مستحقا ، ثم تبين الخطأ ففي ضمانه قولان : وإن تبين أن المستند لا يجوز الاعتماد عليه ولم يتبين أن الأمر بخلافه ، فإن تعلق به حكم فنقض فالضمان على المتلف وإلا فلا ضمان".

أولا
معنى الضابط

لا شك أن الشارع الحكيم رفع عن هذه الأمة الخطأ و النسيان وما أكرهت عليه ، وهذا رفع للحرج والمشقة على الناس ، لكن الأمر في المعاوضات المالية والتضمينات الشرعية ليس فيها مجال لهذه الأحوال ، وإنما يكفي أن الإثم مرفوع على أصحابها حين الخطأ ، لكن يبقى الضمان وحق التعويض لمن أتلفت أمواله أو ألحق به ضرر ما.
لهذا جاء هذا الضابط الهام ليحدد القيود الواردة في هذا الشأن ، وفقا لقواعد الضمان التي تحدد علاقة التضمين بالمباشرة والتسبب وأن الاضطرار لا يبطل حق الغير وغير ذلك.
فمن أتلف شيئا من مال غيره ظانا أنه من ماله ، ثم تبين له خطأه ، فعليه الضمان ،أو أنه تعمد جناية فإنه كذلك يضمن لأنه هو المتسبب ، وغير ذلك من الحالات الأخرى.

ثانيا
مصدر هذا الضابط

هذا الضابط ذكره ابن رجب الحنبلي ـــ رحمه الله تعالى ـــ في كتابه " القواعد في الفقه الإسلامي " في باب الحوالة و الضمان ، ورقم القاعدة بالخامسة والتسعين[١].

---

[١] ـ ابن رجب ، القواعد في الفقه ، ص٢٠٩ ، رقم القاعدة الخامسة والتسعون .
تنبيه هام : الملاحظ أن العلامة ابن رجب الحنبلي ـ رحمه الله تعالى ـ في كتابه الرائع ، أنه يضع الضوابط الفقهية تحت عنوان القواعد و الفوائد ، فلهذا أشرنا على هذه القواعد بالضوابط الفقهية ، لأنه هو الصحيح و السليم تعبيرا وتدقيقا.

ثالثا
الفروع الفقهية للضابط

وقد خرج على هذا الضابط ابن رجب عدة مسائل ، نذكر بعضها ، بما يلي[1] :

١ ــ إذا شهد شاهدان بموت زيد ، فقسّمَ مال بين ورثته ، ثم تبين بطلان هذه الشهادة بقدوم زيد حيا ، فإنهما يضمنان المال.
وهذا الضابط في العموم يضبط قاعدة " الغارّ يضمن ".

٢ ــ لو حكم حاكم بمال ، ثم رجع الشهود وصرحوا بالخطأ أو التعمد بشهادة الزور، فإن الضمان يكون عليهم لاعترافهم.

٣ ــ إذا وصى رجل إلى أحد بتفريق ثلثه ، ففعل ، ثم تبين أن عليه دينًا مستغرقا للتركة، فالتركة إذن للغرماء لا للورثة ، ففي ضمانه روايتان.
والرأي الأرجح الذي أراه أن التركة أصبحت للغرماء وليست للورثة ، فإذن الورثة لا يملوكم التصرف فيها لأنها ليست من حقهم ، فإن تصرفوا فيها يكون الضمان عليهم ، لقاعدة " لا يجوز لأحد أن يأخذ مال أحد بلا سبب شرعي" ، والله أعلم.

٤ ــ لو وصّي لشخص بشيء فلم يعرف الموصى له ، فصرفه الوصيّ أو الحاكم فيما يراه من أبواب البر ، فإن جاء الموصى له وأثبت ذلك ، فهل يضمن الوصي ؟ في قولان. والرأي الأرجح الذي نراه أنه إن فعل الوصي بمال الموصى له بإذن من الحاكم فلا ضمان عليه ، وإن فعله بدون إذن من الحاكم فيضمن في هذه الحالة ، والله أعلم.

٥ ــ لو دفع الملتقط اللقطة إلى واصفها ، ثم جاء آخر فأقام البينة والحجة أنها له ،فإن كان دفعها بأمر من الحاكم ، فلا ضمان على الدافع ، وإن كان بدون إذن من الحاكم ، ففيه وجهان ، فأولهما أنه لا ضمان على الدافع لعدم تفريطه ،والثاني عليه الضمان.
والراجح أن على الدافع الضمان ، لكن يرجع على الواصف بضمان اللقطة، والله أعلم .

٦ ــ لو دفع وديعة إلى من يظن أنه صاحبها ، ثم تبين الخطأ ، فإنه يضمن لتفريطه.

٧ ــ لو مضى على المفقود زمن بعيد حتى جاز في قسمة ماله ، فقسم ماله ، ثم قدم ذلك المفقود ، ففيه رأيان : أولهما ضمان ما تلف من مال المفقود يكون على الورثة ، والثاني رواية عن أحمد بعدم الضمان.
والراجح في رأيي ــ والله أعلم بالصواب ــ أن الضمان لا يكون على الورثة لجواز التصرف في ظاهر الأمر ، قياسا على الزوجة التي يباح لها التزوج إذا مر زمن على فقدان الزوج إلى درجة اليأس من عودته ، والله أعلم .

---
[1] ـ ابن رجب ، القواعد ، ص ٢٠٩ وما بعدها ، بتصرف .

الضابط الرابع

" ما تدعو الحاجة إلى الانتفاع به من الأعيان ، ولا ضرر في بذله لتيسيره وكثرة وجوده ، أو المنافع المحتاج إليها ، يجب بذلها مجانا بغير عوض في الأظهر".

أولا
معنى هذا الضابط

إن فقهنا الإسلامي له من الأحكام الشرعية الكثيرة التي تتسم باليسر والسماحة والاعتدال والوسطية ، فكل ما يمكن الحاجة إليه من الأشياء والانتفاع منها من غير إلحاق بضرر ما حين بذله ومنحه .
وهذا بسبب أن تلك الأشياء ميسرة وموجودة بكثرة بشكل واضح وجليّ ، إلى درجة أن المحتاج إليها يعطيها ويمنحها بالمجان ، وبدون حتى عوض مادّي ، وبالتالي فلا ضمان ولا تعويض على ما تلف منها ، بسبب كثرتها ووجودها في متناول الكثير من الناس.
فما هو محتاج وكثير وميسر والحاجة إليه ضرورة ، ولا ضرر في بذله ، فلا ضمان.

ثانيا
مصدر هذا الضابط[1]

أورد هذا الضابط العلامة الفقيه ابن رجب الحنبلي ـــ رحمه الله ـــ في كتابه النفيس " القواعد في الفقه الإسلامي " في القاعدة التاسعة والتسعون.

---

(1) ـ ابن رجب ، القواعد ، ص ٢١٨ ـ ٢١٩ ، بتصرف .

ثالثا
الفروع الفقهية لهذا الضابط

خرج ابن رجب ــ رحمه الله ــ على هذا الضابط عدة مسائل ، نذكر بعضها،ما يلي[١]:

١ ــ الماء الجاري والكلأ يجب بذل الفاضل منه للمحتاج إلى الشرب وإسقاء بهائمه، سواء من يملك تلك الأرض أم لا ، فنص أحمد بعدم تملك المباحات النابتة في الأرض لأن المنع و البيع ينافي ذلك.

٢ ــ وضع الخشب على جدار الجار إذا لم يضر ، وكذلك إجراء الماء على أرضه.

٣ ــ وجوب ضيافة المجتازين[٢] ، وإطعام المضطرين،لكن لا يجب بذله مجانا،بل بالعوض.

٤ ــ تجب إعارة المصحف لمن احتاج إلى القراءة فيه ، ولم يجد مصحفا غيره ، للحاجة الداعية إليه ،لأن له حق النظر فيه إذا خفيت عليه أحكام الشرع.

٥ ــ إعارة الحلي ، ووجوب بذل الماعون وهو ما خف قدره وسهل ، كالدلو ، والفأس والقِدْر، والمنخل ،وإعارة الفحل وغير ذلك.

---

[١] ـ ابن رجب ، القواعد ، ص ٢١٩ .

[٢] ـ ـ ضيافة المجتازين كان هذا في القديم ، حيث الكرم والجود والبذل ، لكن الزمن تغير ، والعصر الذي نعيشه وجد فيه ما يسمى بالفنادق والحمامات التي تأوي الغرباء والذين انقطعت بهم السبل.

الضابط الخامس

" لا ضمان على القاضي إذا أخطأ "[١]

أولا
معنى الضابط

فالمعنى العام لهذا الضابط الفقهي :

أنه إذا حدث من القاضي خطأ في إصدار أي حكم قضائي ما ، ثم نفذ ذلك الحكم القضائي ،لكن ترتب عليه إتلاف أو ضرر ألحق بالغير، مما من شأنه أن يكون هناك تضمين وتعويض عن ذلك التلف أو الضرر ، ولكن في هذه الحالة كون التالف أو المتسبب في الضرر هو في مرتبة القاضي ، فإنه لا يتحمل الضمان في ماله حتى وإن كان هو المباشر .

وحينئذ فالضامن إما على عاقلة القاضي ، كقصة سيدنا عمر ــ رضي الله عنه ــ مع المرأة التي أجهضت من الخوف[٢] ، أو على بيت مال المسلمين ،أو الشهود ، أو المقضيّ له (كل حالة حسب وضعها)[٣].

---

[١] ـ وذكرها العلامة الحصيري في كتابه القواعد بهذا التعبير وهذه الصيغة : نقلا من كتاب القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة التيسير، للدكتور عبد اللطيف عبد الرحمن بن صالح ، ص٧١٩. ابن رجب ، القواعد في الفقه ، ص ١٩٨.

[٢] ـ وقد ورد في الأثر عن سيدنا عمر بن الخطاب ـ رضي الله عنه ـ : أنه دعا امرأة إلى مجلسه لاتهامها بالسوء ، وكانت حاملا ، فلما بلغتها دعوته ـ رضي الله عنه ـ خافت فأجهضت جنينها، فشاور الصحابة ـ رضي الله عنهم ـ فقال بعضهم : لا شيء عليك إنما أنت مؤدّب ، وقال علي : عليك الدّية . فقال عمر : عزمت عليك لا تبرح حتى تقسمها في قومك.

وهذا هو المعنى أن علياً ـ رضي الله عنه ـ جعل الدية على عاقلة أمير المؤمنين عمر باعتباره هو الحاكم والقاضي في أمور العامة ، ولم يجعل الضمان على مال عمر . البيهقي ، السنن الكبرى ، ٦ / ١٢٣ .

والظاهر من هذا الدليل في معنى هذا الضابط الفقهي في الضمان أن المقصود هو القاضي العادل الذي لا يتعمد الجور والظلم ، ولا أنه يحكم بما لا يصح منه ذلك الحكم.

[٣] ـ انظر : ـ عبد اللطيف ، عبد الرحمن بن صالح ، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة التيسير ، مكتبة الملك فهد ، المدينة المنورة ، الطبعة١ ، ١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣ ، ص ٧٢٠ .

ثانيا
مصدر هذا الضابط

أورد هذا الضابط الفقهي العلامة الفقيه ابن رجب الحنبلي ــ رحمه الله ــ في كتابه القيم "القواعد في الفقه الإسلامي " ، في القاعدة التسعون ، وهذا تفريع على قاعدة الأيدي المستولية على مال الغير بغير إذنه ثلاثة :

ــ يد يمكن أن يثبت باستيلائها الملك فينتفي الضمان عما يستولي عليه ، سواء حصل الملك به أم لم يحصل .

ــ و يد لا يثبت لها الملك وينتفي الضمان.

ــ و يد لا يثبت لها الملك ويثبت عليها الضمان.

ثالثا
أدلة هذا الضابط

ومما يستدل به على هذا الضابط الفقهي من الأدلة الشرعية على أنه لا إثم على الحاكم أو القاضي ، إذا حكم في قضية ما باجتهاده وبذل كل ما في وسعه ، لكن أخطأ في ذلك الحكم ، فلا ضمان عليه ، بما يلي :

١ ــ من ذلك الحديث النبوي المتفق عليه ، الذي رواه سيدنا عمرو بن العاص ــ رضي الله عنه ــ قال ، قال رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : " **إذا حكم الحاكم فاجتهد ثم أصاب فله أجران ، وإذا حكم فاجتهد ثم أخطأ فله أجر** "[١].

ووجه الدلالة : أنه لا إثم على القاضي أو الحاكم إذا ما حكم في قضية باجتهاده ، حتى ولو أخطأ ، إذا بذل ما وسعه وكان أهلا للحكم والاجتهاد.

٢ ــ روت أم سلمة ــ رضي الله عنها ــ قالت،قال رسول الله ــ صلى الله عليه وسلم ــ : " إنما أنا بشرٌ وإنكم تختصمون إليَّ ، ولعلّ بعضكم أن يكون ألحنَ بحجته من بعض فأقضيَ له على نحو ما أسمع ، فمن قضيت له من حق أخيه شيئا ، فلا يأخذه ، فإنما أقطع له قطعة من النار "[٢].

ووجه الدلالة : أن هذا الحديث الشريف يبين بشرية النبي المعصوم ــ عليه الصلاة والسلام ــ ، ففي قوله " فلا يأخذه فإنما أقتطع له قطعة من النار" دليل واضح منه ــ صلى الله عليه وسلم ــ أنه لا إثم عليه ، وعدم الإثم كذلك هو دليل على أن من فعل أمرًا أذِنَ له فيه الشرع الحكيم ، فلا ضمان عليه[٣].

٣ ــ ما روي : أن رجلين أتيا سيدنا عليّا ــ رضي الله عنه ــ فشهدا على رجل أنه سرق فقطع يده ، ثم أتياه بآخرَ ، فقالا : هذا الذي سرق وأخطأنا على الأول ، فلم يجزْ شهادتهما على الآخر ، وأغرمهما دية الأول ، وقال : لو أعلم أنكما تعمّدتما لقطعتكما"[٤].
ووجه الدلالة في هذا الحديث :أن سيدنا علي ــ رضي الله عنه ــ جعل الدية على الشاهدين ، ولم يلزم نفسه بشيء بضمان أو تعويض ، باعتباره هو القاضي والحاكم.

٤ ــ من المعقول أنه لو جعلنا الضمان على القاضي وفي ماله ، فإن هذا يؤدي بالناس إلى النفور من ساحة القضاء ، وتكون النتيجة أن تتعطل مصالح الناس ، وتجمد وظيفة القضاء في الأمَّة ، وتتعطل الحدود ، ويخل النظام العام ، فالقاضي أولا وأخيرا هو بشر وإنسان ، وبالتالي هو معرض للخطأ لكثرة ما يعرض له من القضايا ، وأيضا يمكن للقاضي الاستناد إلى أدلة وقرائن وبينات فقد يحتمل أن تكون خاطئة في ما بعد[٥].

---

[١] ـ البخاري ، صحيح البخاري ، باب الاعتصام ، أجر الحاكم إذا اجتهد فأصاب أو اخطأ ، ١٣ / ٣٣٢ .
[٢] ـ البخاري ، صحيح البخاري ، باب الحيل ، حكم الحاكم لا يحل ما حرمه الله ورسوله ، ٣٥٥/١٢ .
[٣] ـ انظر : عبد الطيف ، القواعد والضوابط الفقهية ، ص ٧٢٣ .
[٤] ـ البخاري ، صحيح البخاري ، باب الديات ، إذا أصاب قوم من رجل هل يعاقب ...، ١٢ / ٢٣٦ .
[٥] ـ انظر : عبد اللطيف ، القواعد والضوابط الفقهية ، ص ٧٤٢ ـ ٧٤٣ .

وخلاصة ما تقدم ــ فيما ظهر لي ــ : أن الأصل في القاضي ألاّ يضمن ، أي لا يكون الضمان في ماله ، إلاّ إذا فرط بوجه من الوجوه الثابتة شرعا أو عرفا أو عقلا.

رابعا
تطبيقات هذا الضابط

هذه بعض التطبيقات على الضابط الذي أورده الفقهاء ، ثم نحاول أن نورد بعض المسائل العصرية التي خرج عليه العلماء المعاصرون، بما يلي :

١ ــ لو حكم القاضي مع أهليته ، على شخص أتلف مال آخر ، فحكم فأخطأ ، فلا يلزمه ضمان ما تلف[١] .

٢ ــ لو حكمَ حَاكِم بشهادة شاهدين ، ثم قامت بعد الحكم بيّنة بفسقهما ، لم يضمن الحاكم ما أتلف بشهادتهما[٢].

٣ ــ للحاكم انتزاع مال مغصوب ، لو وجده في تركة ميت و وارثه غائب ، فله الأخذ وتضمينه ما تلف ، لأن له ولاية على تركة الميت بتنفيذ وصاياه وقضاء ديونه[٣].

٤ ــ لوجد الحاكم مالاً في يد سارق ، فله أن ينتزعه منه العين، ويعوض ما تلف منها، ثم تقطع يده تبعا لولاية القطع[٤].

٥ ــ لو حكم الحاكم أو القاضي بقطع يد السارق ، فمات ، فلا ضمان عليه ، بسبب سراية الجرح إلى النفس والموت بعده ، ومثل ذلك الطبيب الجراح لا يضمن تلف النفس بعد إجراء العملية الجراحية لمريض إذا قام بواجبه على الوجه المعتاد [٥].

٦ ــ حكم حاكم بالرجم على رجل بالزنا بشهادة أربعة عليه ، ثم تبين أنه مجبوب ، فقال أحمد أن الضمان على الحاكم ، لتفريطه ، إذ أن المجبوب لا يخفى أمره على الغالب ، فترك الحاكم الفحص عن حاله يعتبر تفريط ، فلهذا يضمن[٦].

٧ ــ لو حكم حاكم بمال ، ثم رجع الشهود وصرحوا بالخطأ أو التعمد بشهادة الزور، فإن الضمان يختص بهم لاعترافهم ، ولا ينتقض حكم الحاكم بمجرد ذلك[٧].

---

[١] ـ عبد اللطيف ، القواعد والضوابط الفقهية ، ص ٧٢٦.
[٢] ـ المرجع السابق ، ص ٧٢٨ .
[٣] ـ انظر : ابن رجب ، القواعد ، ص ١٩٨ ـ١٩٩ .
[٤] ـ المصدر نفسه ، ص ١٩٩ .
[٥] ـ الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ٣٤ .
[٦] ـ انظر : ابن رجب ، القواعد ، ص ٢٠٩ .
[٧] ـ المصدر نفسه .

الضابط السادس

" الأمانات تنقلب مضمونة بالموت عن تجهيل[1] ، إلا في ثلاث :
أولا : الناظر إن مات مجهلا غلات الوقف .
ثانيا : والقاضي إذا مات مجهلا أموال اليتامى عند من أودع .
ثالثا : والسلطان إذا أودع بعض مال الغنيمة عند الغازي ثم مات ولم يبين عند من أودعها ".

أولا
معنى الضابط

من المعلوم أن الأصل في الأمانات والودائع أنها لا تضمن عند التلف ، لأن الأصل في الوديع أو الحافظ للأمانات أن يكون أمينا في حفظه ، فإن ادعى صاحب أمانة أن له أمانة عند شخص ما ، وقال ذلك الشخص : أنا رددتها إليك فالقول قول الأمين في براءة ذمته .

لكن إن مات ذلك الوديع أو الأمين على الأمانة تصبح جميع الأمانات مضمونة بالموت عن تجهيل (أي بدون بيان الأمانة)، فإنها تنقلب من اليد المؤتمنة إلى اليد الضامنة لتلك الأمانة أو الوديعة ، وبالتالي تصير مضمونة عن تجهيل.

إلا في حالات ثلاث لا تصير تلك الأمانات مضمونة :

ـ إن مات نظر الوقف مجهلا مقدار غلات ذلك الوقف.

ـ أو إن مات القاضي مجهلا أموال اليتامى عند من أودع تلك الأموال .

ـ والسلطان إن مات مجهلا ، وقد أودع بعض مال الغنيمة عند الغازي ولم يبين عند من أودع تلك الأموال .

فهؤلاء الثلاثة الذين استثنوا من تضمين هذه الأمانات عند موتهم :فناظر الوقف، والقاضي ،والسلطان ، لا يضمنون ضياع تلك الأمانات عند موتهم ،لأن حدوث الموت غير متوقع عادة ، ولا يمكن الفرار منه أو تأخيره أو تفاديه بل لا يمكن حتى توقعه.

---

[1] ـ معنى لفظ التجهيل أي بدون بيان الأمانة .

ثانيا
مصدر هذا الضابط[١]

أورد هذا الضابط العلامة الفقيه الحنفي زين الدين ابن إبراهيم المعروف بابن نجيم (٩٧٠هـ) ــ رحمه الله تعالى ــ في كتابه " الفوائد الزينية في مذهب الحنفية "، ورقم لها بالفائدة الأولى[٢] ، وأوردها كذلك في كتابه "الأشباه والنظائر".

---

(١) ـ ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم المعروف بابن نجيم الحنفي (٩٧٠ هـ) ، الفوائد الزينية في مذهب الحنفية ،تحقيق : أبو عبيدة مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي ،السعودية ، الطبعة١، ذو الحجة ١٤١٤هـ/ ١٩٩٤م، ص٣٨. والأشباه والنظائر ، ص ٣٢٦.

(٢) ـ تنبيه : من الملاحظ أن الفقيه الحنفي ابن نجيم ـ رحمه الله ـ يطلق اسم الفوائد على مصطلح الضوابط الفقهية التي جمعها في هذا الكتاب المستقل " الفوائد الزينية في مذهب الحنفية " ، أوصلها إلى خمسمائة ضابط فقهي ، تتخللها أحيانا قواعد فقهية ، لكن كلها كانت بعنوان الضوابط .

ثالثا
بعض الفروع التطبيقية على هذا الضابط

ذكر العلامة الحنفي ابن نجيم هذا الضابط السابق ، وزاد عليه عدة مسائل خرجها وفق هذا الضابط الفقهي ، نورد بعضها على سبيل التوضيح بما يلي[١] :

١ ـــ إذا مات الوصي على مال يتيم مجهلا ، فإنه لا يضمن .

٢ ـــ إذا مات الأب مجهلا مال ابنه ، فلا يضمن .

٣ ـــ أيضا إذا مات الوارث مجهلا لما أودعه عند مورثه ، فإنه لا يضمن .

٤ ـــ إذا مات الإنسان مجهلا لما ألقته الريح في بيته ، فإنه لا يضمن .

٥ ـــ إذا مات الإنسان مجهلا لما وضعه المالك في بيته بغير علمه ، فإنه لا يضمن .

٦ ـــ إذا مات الصبي الصغير وهو مجهل لما أودع عند شخص،وهو محجور،فلا يضمن.

نلحظ من هذه الصور والمسائل ، أن هذه الاستثناءات التي ذكرها العلامة ابن نجيم ـــ رحمه الله ـــ في الضابط الفقهي ، قد اعتبر أن الأصل في الأمانات أنها تنقلب من أمانات غير مضمونة إلى أمانات مضمونة في حالة الموت عند تجهيل أصحابها ، لكن استثنى من ذلك عدة مسائل في هذه الفروع الفقهية التطبيقية على هذا الضابط ، مثل الوصي ، والأب ، والوارث ، والصبي المحجور ، وغير ذلك من الصور الأخرى التي خَرّج عليها وفق هذا الضابط.

---

[١] ـ ابن نجيم ، الفوائد الزينية في مذهب الحنفية ، ص ٣٨ ، بتصرف .

الضابط السابع

" الصبي المحجور عليه يؤاخذ بأفعاله ، لأن الحجر في الأموال فقط ، فيضمن ما أتلفه من الأموال ، ودية قتله على عَاقِلته ، وعمده خطأ كالمجنون ، إلا في مسائل ... "

أولا
معنى الضابط

أن أفعال الصبي وخطأه هي سواء، فيكفي للالتزام بضمان المتلفات ، أن تكون له أهلية وجوب كاملة ، سواء أكان الصبي مميزا أم غير مميز فيضمن ما أتلفه من أموال الناس عمدا أو خطأ ومثله المجنون والمعتوه.

وإذا كان هذا الصبي محجورا ، فإنه يؤاخذ على أفعاله وتصرفاته ، فيضمن ما يتلفه من أموال الناس ، وإن قتل فعلى عاقلته الدية ،وقد أوضح الفقهاء مبدأ هاما هو عدم القصاص من الصبي ونحوه .

فقال ابن قدامه الحنبلي ــ رحمه الله ــ : لا خلاف بين أهل العلم أنه لا قصاص على صبي ولا مجنون ، وكذلك كل زائل العقل بسبب يعذر فيه مثل النائم والمغمى عليه ونحوهما ، والأصل في ذلك الحديث النبوي "[١] ، فإذن فلا قصاص على الصبي ، وإنما تجب الدية على عاقلته ،وإن أتلف فهو ضامن .

---

[١] ـ ابن قدامه ، المغني ، ٧ / ٦٦٤ .

ثانيا
مصدر هذا الضابط

أورد هذا الضابط الفقهي العلاّمة ابن نجيم الحنفي في كتابه " الفوائد الزينية في مذهب الحنفية" ، ورقم لها برقم الفائدة السابعة بعد المائة[١].

[١] ـ ابن نجيم ، الفوائد الزينية ، ص ١٠٥ ـ ١٠٦ .

ثالثا
الفروع التطبيقية لهذا الضابط

أورد ابن نجيم عدة مسائل استثنى منها ما خرّجه وفق هذا الضابط الفقهي،وهي[١] :

١ ــ من أقرض مالا لصبي محجور عليه ، فأتلفه ، فلا يضمن .

٢ ــ من أودع عند صبي محجور شيئا بلا إذن وليه ، فأتلفها ، لم يضمن .

٣ ــ من أعارَ شيئا لصبي محجور بغير إذن وليه ، فأتلفها ، لم يضمن .

٤ ــ من باع لصبي محجور بدون إذن وليه ، فأتلف ذلك الشيء ، لم يضمن .

واستثني من هذه الحالات :
مسألة إيداع الصبي : في حالة ما إذا كان المودع صبيا أودع صبيا آخر مثله محجورا ، وكانت الوديعة ملك لغيرهما ، فأتلفها المودِع ، فللمالك تضمين الدافع أو الآخذ ِ، لأنه إنما لم يضمن الصبي الوديعة لكون المالك سلطة على إتلافها بالإيداع ، والمالك هنا لم يسلط ، فلاضمان عليه.

---
[١] ـ ابن نجيم ، الفوائد الزينية ، ص ١٠٥ ـ ١٠٦ ، بتصرف .

الضابط الثامن

" الأمين إذا خلط بعض أموال الناس ببعض أو الأمانة بماله ، فهو ضامن لها كالمُودِع إذا خلط ماله بمالِ الغير بحيث لا يتميز ، ضَمِنَها ، ولو أنفق بعضها فردّه وخلط بها ، ضَمِنَه ".

أولا
معنى الضابط

إن عقود الأمانات لا يترتب عليها الضمان إن تلفت ، وتضمن فقط في حالة التعدي أو التقصير في حفظها ، والتفريط فيها ، ومن الأمانات مثل الوديعة والعارية والوكالة والوصية والهبة وغير ذلك مما تعتبر من عقود الأمانات .
فالمودع والوكيل والمستعير والوصي... أمين في حفظ الأمانة ، فإن خلط هذا الأمين ماله بمال تلك الوديعة مثلا ، إلى درجة لا يستطيع فيها التمييز بين ماله ومال تلك الوديعة ، ففي هذه الحالة يكون عليه الضمان .

ثانيا
مصدر هذا الضابط[1]

هذا الضابط أورده العلامة ابن نجيم الحنفي في كتابه " الفوائد الزينية في مذهب الحنفية " ، ورقم هذا الضابط بالفائدة التاسعة والستون.

---

(١) ـ ابن نجيم ، الفوائد الزينية ، ص٧٥ .

ثالثا
الفروع التطبيقية للضابط

ذكر ابن نجيم لهذا الضابط عدة صور ومسائل ، نورد منها بعضها ، ما يلي [١]:

١ ــ العامل في الزكاة إذا خلط مال الفقراء ، فخلط الأموال ، ثم فرقها على الفقراء ، فإنه يضمنها لأربابها .

٢ ــ المتولي في الوقف إذا ما خلط أموال الوقف بأموال أوقاف أخرى مختلفة ، فلم يميز بينها ، فإنه يضمن .

٣ ــ السمسار إذا خلط أموال الناس وأثمانها ، يضمن ،إلا في موضع جرت العادة بالإذن بالخلط .
٤ ــ الوصي إذا خلط مال اليتيم بمال غيره ، فإنه يضمن[٢].

واستثنيَ من هذا الضابط ثلاث مسائل ، هي :

ــ القاضي إذا خلط مال رجل بمال غيره ، فإنه لا ضمان عليه.

ــ إذا خلط القاضي ماله بمال غيره ، لم يضمن .

ــ المتولي إذا خلط مال الوقف بمال نفسه ، لم يضمن ، وقيل يضمن ، وقيل أن المتولي كالسمسار إن خلط بماله يضمن ، وإن خلط بمال وقف آخر لم يضمن .

---

(١) ـ ابن نجيم ، الفوائد الزينية ، ص ٧٥ ـ٧٦ ، بتصرف .
(٢) ـ المصدر نفسه ،ص ٧٥ ـ٧٦ .

ثالثا
الفروع الفقهية للضابط

ذكر ابن نجيم بعض الأمثلة التطبيقية والمسائل التي خرج عليها وفق هذا الضابط ، بما يلي[١] :

١ ــ إذا ادعى المتولي على الوقف الدفع إلى الموقوف عليهم ، قبل قوله .

٢ ــ إذا ادعى المضارب دفع مال المضاربة إلى رب المال ، فالقول قوله .

٣ ــ إذا قال الشريك أنه دفع مال الشركة إلى شريكه قبل موته ، قبل قوله.

واستثنى من ذلك مسألة :
الوكيل بقبض الدين : إذا ادعى بعد موت الموكِل أنه كان قبض ودفعه إلى الموكل في حياته ، فإنه لا يقبل منه إلا ببينةٍ [٢].

---
[١] ابن نجيم ، الفوائد الزينية ، ص ١٠٣ .
[٢] ـ المصدر نفسه ، ص ١٠٣ .

فإذا كان الشارع الحكيم قد أجاز للمضطر حفظ حياته بمال غيره عند الاضطرار، وأوجب في المقابل ضمان ما أتلفه ، فلا بد إذن أن يترتب على ذلك أنه إذا لم يكن مع المضطر قيمة ما يضطر إليه جازَ له دفع ذلك الاضطرار به ، ويبقى ثمنه في ذمته[1].

[1] ـ عبد اللطيف ، القواعد والضوابط ، ص ٧٣٤ .

ثانيا
مصدر هذا الضابط

أورد هذا الضابط ابن رجب الحنبلي في كتابه " القواعد في الفقه الإسلامي " بصيغة الاستفهام ، فقال ــ رحمه الله ــ :
" هل يتوقف الملك في العقود القهرية على دفع الثمن ، أو يقع بدونه مضمونا في الذمّة ؟ "، ورقم لها برقم القاعدة الخمسون[١].

---

[١] ـ ابن رجب ، القواعد ، ص ٦٩ .

ثالثا
الفروع التطبيقية لهذا الضابط

ذكر ابن رجب عدة تطبيقات من الفروع الفقهية التي كانت وفق هذا الضابط ، بما يلي:

١ ـ إذا منع صاحب الطعام أو الشراب طعامه أو شرابه عن المضطر ، ولم يكن بصاحب الطعام أو الشراب أي اضطرار إليه ، فإن للمضطر أن يقاتله ويأخذه منه جبرا إذا خشِيَ الهلاك على نفسه ، ويضمن قيمة ما أخذه اضطراراً .

٢ ـ ما عدده من التمليكات المشروعة لإزالة ضرر ما مثل:
ـ الأخذ بالشفعة .
ـ وأخذ الغراس.
ـ والبناء من المستعير والمستأجر.
ـ والزرع من الغاصب[١].

وقد أورد ابن رجب اختلاف العلماء في الشفعة على وجهين :
أولهما : أنه لا يملك بدون دفع الثمن .
وثانيهما : أنه يملك بدونه مضمونا في الذمة .

والرأي الأرجح :
أن القول الأول هو الأظهر والأيسر[٢].
لأن الشارع الحكيم حينما تسامح في مخالفة الأصل في العقود وهو الرضا بين المتعاقدين ، لم يشترط الرضا في حالة الاضطرار ، ولم يشترط دفع الثمن لصحة التملك ، وذلك ليتحقق دفع الاضطرار عن المضطر ، لأنه قد لا يتيسر للمضطر دفع الثمن في تلك الحال ـ والله أعلم بالصواب ـ

---
(١) ـ ابن رجب ، القواعد ، ص ٦٩ ـ ٧٠ .
(٢) ـ عبد اللطيف ، القواعد والضوابط ، ص ٧٣٥ .

الضابط الحادي عشر

" كل يدٍ كانت يد ضمان وجَب على صاحِبها مَؤُنَة الردّ ، وإن كانت يد أمانة فلاً ".

أولا
معنى الضابط

هذا الضابط الفقهي من الضوابط الفقهية في الضمان ، وهو واضح ، بأن الأصل في أن كل يد كانت يد ضمان كالغاصب والمشتري ، والقابض على سوم الشراء ...، فحكم ذلك أن أصحابها يضمنون ما وضع عليهم في أيديهم ،إذا عجزوا عن ردها لأصحابها، باعتبار أن يد الضمان هي اليد التي يأخذ فيها الحائز الشيء بقصد تملكه ، أو لمصلحة نفسه[١] .
فلذلك من وجب عليهم الضمان وكانت يدهم يد ضمان ، أن تكون على أصحابها مؤونة رد تلك الأشياء ، أما من كانت يده يد أمانة ، فمؤونة الرد لا تكون على صاحبها.

ثانيا
مصدر الضابط[٢]

أورد هذا الضابط الفقهي بهذه الصيغة الإمام العلامة تاج الدين عبد الوهاب ابن السبكي الشافعي (ت ٧٧١هـ) في كتابه " الأشباه والنظائر"[٣] ، ونص عليها بلفظ القاعدة ،التي يراد منها معنى الضابط .

ثالثا
الفروع الفقهية على هذا الضابط

أراد ابن السبكي أن يمثل لهذا الضابط الفقهي ، فاستغرب على أبي إسحاق الشيرازي صاحب المهذب ،أن يذهب إلى القول أن مؤونة رد المبيع بعد الفسخ بالعيب تكون على المشتري لا على البائع .
واستثنى ابن السبكي من هذا الضابط الفقهي ، الإجارة بمعنى أنه يجب مؤونة ردها على المستأجر، باعتبارها أمانة ، وهذا ما صححه الإمام النووي ـــ رحمه الله تعالى ـــ [٤].

---

[١] ـ الزحيلي ، نظرية الضمان ، ص ١٧٥ .
[٢] ـ ابن السبكي ، الأشباه والنظائر ، ١ /٣٢٩ .
[٣] ـ يعتبر كتاب " الأشباه والنظائر : لصاحبه تاج الدين عبد الوهاب بن عبد الكافي السبكي ، من أجل كتب القواعدالفقهية ، ومن أنفس المصادر التي كتبت في هذا الفن وقد احتل مكانة مرموقة بين مؤلفات هذا الفن العظيم ، لما فيه من درر علمية نفيسة ، وهذا راجع إلى نبوغ وبراعة المؤلف ـ رحمه الله ـ في علمي الأصول والفقه ، فأشاد به طائفة كثيرة من العلماء على هذا المصنف القيم لما فيه من جمال الصياغة و متانة التركيب عند ذكره للقواعد الفقهية .
و مما لوحظ على هذا الكتاب أن صاحبه كان يشير إلى الضوابط الفقهية باسم" القواعد الخاصة". انظر: الندوي ، القواعد الفقهية ، ص ٢٢٦ ـ ٢٢٧ .
[٤] ـ انظر : ابن السبكي ، الأشباه والنظائر ، ١ / ٣٢٩.

الضابط الثاني عشر

" كل يد ترتبت على يد الغاصب فهي يد ضمان ،فيتخير المالِك ــ عند التلف ــ بين مطالبة الغاصب ، وبين ما ترتبت يده على يده سواء على الغاصب أم لا ، ثم إن علم الغصب ، فهو غاصب من الغاصب ، وإن جهل على أن يضمنه لم يرجع ، أو على أن لا يضمنه فيرجع به والقرار على الغاصب ".

أولا
معنى الضابط

سبق أن ذكرنا أن يد الضمان هي التي يأخذ فيها الحائز تلك الأشياء بقصد تملكها ، أو لمصلحة نفسه ، مثل الغاصب ، والمشتري ، والقابض على سوم الشراء وغير ذلك.

فكل يد كانت على الغصب إذا وجد من الغاصب سبب من أسباب الضمان ، فإنه يضمن ، فإذا تلف الشيء بعد الغصب ، لأن الغاصب هو الذي يستولي على حق الغير عدوانا، تحمل تبعة هلاكه مهما كان السبب سواء أكان سببا سماويا أو سببا بشريا .

وإن استولى على ذلك الشيء غاصب آخر ، أخذه من الغاصب الأول ، فالغاصب الثاني لم يستولِ على حق الغاصب الأول ولم يتعدَّ عليه ، وإنما هو في حقيقته هو غاصب من المالك باستيلائه على المال الذي كان عند الغاصب ، فصاحب الملك ــ عند تلف ماله ــ هو على الخيار بين أن يطالب الغاصب أو غاصب الغاصب .

والأظهر أنه يطالب بمن هي عنده ، لانحصار حقه فيها ، وإن كان في هذه الحالة جاهلا ، فإن أخذه على سبيل الضمان لم يرجع به على المالك ،وإن أخذه على سبيل عدم الضمان فيرجع به والقرار على الغاصب[١].

ثانيا
مصدر هذا الضابط

هذا الضابط ذكره العلامة ابن السبكي ــ رحمه الله ــ في كتابه " الأشباه والنظائر " في باب الغصب وما يترتب عليه من وجوب الضمان عند إتلافه ، سواء أكان غاصبا أو آخذا من الغاصب [٢].

---

[١] ـ انظر : ابن السبكي ، الأشباه والنظائر ، ١/ ٣٢٢ ـ ٣٢٣ .
[٢] ـ المصدر نفسه .

ثالثا
الفروع الفقهية على هذا الضابط

ذكر ابن السبكي عدة صور لهذا الضابط الفقهي ، نذكر بعضها ، بما يلي[١] :
١ ــ من أكل طعام مغصوب قدمه إليه الغاصب ، فلصاحب الطعام الخيار في تضمنين أحدهما.

٢ ــ من استودع من غاصب ، فللمالك أن يرجع على الغاصب أو المستودع.

٣ ــ من استعان به الغاصب كطحن الحنطة وخبز العجين ، فالقرار على الغاصب .

٤ ــ من غصب شاة وأمر قصابا بذبحها فذبحها ، جاهلا بالحال ،فالضمان على الغاصب.

---

(١) ـ ابن السبكي ، الأشباه والنظائر ، ج١ / ٣٢٢ ـ ٣٢٣ .

الضابط الثالث عشر

" إذا تلف المعقود عليه قبل التمكن من القبض تلفا لا ضمان فيه ، انفسخ العقد ، وإن كان فيه الضمان ، كان في العقد الخيار "

أولا
معنى الضابط

هذا الضابط الفقهي دل على حالة ما إذا هلك المبيع قبل القبض هلاكا لاضمان فيه ، فإن العقد يكون باطلا ، بسبب أن لو أمضينا هذا العقد فإن المشتري يلحقه ضرر ، وإن هلك المبيع قبل القبض هلاكا فيه الضمان ، ففي هذه الحالة يكون الخيار للمشتري ،إن شاء أبرم العقد ، أو إن شاء ألغاه لأن له حق الخيار ،لأن عقد البيع في الشريعة الإسلامية إنما شرع لملك المشتري للمبيع وإفادته منه ، والتزام البائع بتسليم المبيع للمشتري وقبضه للثمن ، ولذلك فإن يد الإنسان على المبيع ، هي إما يد أمانة أو يد ضمان.

وسبق أن ذكرنا أن يد الأمانة لا ضمان فيها إلا إذا تعدى أو قصر ، أما يد الضمان فيكون مثل ضمان العقد[١] الذي نص عليه في العقد ، فالمبيع عند هلاكه في يد البائع يكون مضمونا بالثمن ، فيسقط بالتالي الثمن لهلاك المبيع ، أو يردُّ البائع الثمن للمشتري إذا سلمه إياه .

ثانيا
مصدر هذا الضابط

أورد هذا الضابط الفقهي شيخ الإسلام ابن تيمية ــ رحمه الله تعالى ــ في مجموعة الفتاوى الكبرى[٢] .

وذكره الإمام ابن السبكي في كتابه " الأشباه والنظائر" بقوله :"كل ما لو قارن لمنع فإذا طرأ فعلى قولين ، كما لو أسلم فيما يعم ، فانقطع في محله ففي الانفساخ قولان ، وكالفسق فإنه يمنع ولاية الإمامة ابتداء ، وإذا طرأ لم يعزل على الصحيح "[٣].

و أيضا ذكره الإمام الزركشي في منثور قواعده ، بقوله ــ رحمه الله ــ :" الأعيان المملوكة بالعقود قبل قبضها ، مضمونة على من هي بيده "[٤].

---

[١] ـ لمزيد من التفصيل راجع مبحث أسباب الضمان .

[٢] ـ ابن تيمية ، أحمد تقي الدين بن عبد الحليم الحراني ، الفتاوى الكبرى ، تحقيق : أحمد كنعان ، دار الأرقم ، بيروت ، لبنان ، الطبعة ١ ، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م ، ج ٣٠، ص ١٤٦ .

[٣] ـ ابن السبكي ، الأشباه والنظائر ، ١ / ٣١٢ .

[٤] ـ الزركشي ، المنثور في القواعد ، ١ / ١٠٦ .

ثالثا
الفروع الفقهية للضابط

يتخرج على هذا الضابط الفقهي عدة فروع فقهية كثيرة ، نذكر بعضها، بما يلي[1]:

١ ــ إذا ماتت الشاة المبيعة في يد البائع ،ودبغ البائع جلدها ، جاز للمشتري أخذه بحصته من الثمن .

٢ ــ إذا هلكت السلعة في يد البائع قبل قبض المشتري لها ، يبطل البيع ولاضمان على المشتري .

٣ ــ إذا تلفت السيارة وهلكت بفعل آفة سماوية كسيل جارف ، ونزلت في وادٍ وتحطمت ، فإن العقد ينفسخ ، لأنه لا ضمان على أحدٍ.

٤ ــ إذا غرقت البضاعة في البحر قبل قبضها ، فإن العقد ينفسخ ، لأن البضاعة غير مضمونة لأحدٍ ، إذ أن المشتري لا يخير بين فسخ العقد أو إمضائه .

٥ ــ إذا هلكت البضاعة عند البائع قبل القبض بفعل البائع ، فالمشتري يخير بين فسخ العقد أو إمضائه ، والرجوع بالقيمة على البائع ، لأنها من ضمان البائع .

٦ ــ إذا أكل المشتري الطعام بعد العقد وقبل القبض ، فإن المشتري يعتبر قابضا للمبيع باستهلاكه له ، ويكون عليه الضمان بسبب الإتلاف ، وليس بسبب العقد .

٧ ــ من استهلك بعض الملابس قبل القبض بفعل أجنبي ، فإن المشتري يخير بين الفسخ وبين إمضاء العقد والرجوع بالنقصان على الأجنبي ، لأن الجزء التالف مضمون عليه ، أو يرجع البائع على الأجنبي بالنقص .

نلاحظ من هذه التطبيقات الفقهية لهذا الضابط أنه إذا كان تلف المبيع الذي لا ضمان فيه ، فإن البيع ينفسخ والعقد يكون باطلا ، لأنه لو أبرمناه لكان في إلحاقه ضرر للمشتري .
وإذا كان تلف المبيع فيه الضمان ، فإن المشتري له الخيار بين فسخ العقد وبين إمضائه والرجوع بالنقصان .

---

[1] ـ دية ، القواعد والضوابط الفقهية في لأحكام المبيع ، ص٣٨٨ ـ ٣٩١ ، بتصرف .

الضابط الرابع عشر

" العقار لا يضمن ، إلا في مسائل ....."

أورد هذا الضابط الفقهي العلامة ابن نجيم ــ رحمه الله تعالى ــ في كتابه " الفوائد الزينية في مذهب الحنفية " ، ورقم له بالفائدة العاشرة بعد المائة [(١)].

وقد ذكر ــ رحمه الله ــ أن العقارات في الأصل لا تضمن ، إلا في مسائل ثلاث :
قال إنه يجب فيها الضمان في العقارات ، وهي :

المسألة الأولى : إذا كان المودِع قد جحد العقار ، فإنه يضمنه .

المسألة الثانية : إذا كان الغاصب قد سلمه بعد بيعه .

المسألة الثالثة : إذا رجع الشاهدان عن شهادتهما بعد الحكم ، فإنهما يضمنانه .

الضابط الخامس عشر

"الميت لا يضمن بعد موته ، إلا في مسألة..."

هذا الضابط أورده أيضا العلامة ابن نجيم ــ رحمه الله ــ في كتابه "الفوائد الزينية في مذهب الحنفية " [(٢)] ، ورقم له بالفائدة الثانية عشر بعد المائة .

وأشار ــ رحمه الله ــ أن الميت في الأصل لا يضمن بعد موته،إلا في مسألة واحدة هي :

ــ إذا حفر بئرا في غير ملكه ثم مات ، ثم وقع إنسان فيها ، كانت الدية على عاقلته ، ولو حفر عبد بئرا تعديا ، ثم أعتقه مولاه ، ثم مات العبد ، ثم وقع فيها إنسان ، كانت الدية على عاقلة المولى[(٣)] .

---

(١) ـ ابن نجيم ، الفوائد الزينية ، ص ١٠٧ ، الفائدة العاشرة بعد المائة .
(٢) ـ المصدر نفسه ، ص ١٠٧ ـ ١٠٨ ، الفائدة الثانية عشر بعد المائة .
(٣) ـ هذا المثال الذي أورده الفقيه ابن نجيم ـ رحمه الله ـ هو للاستدلال على الضابط الفقهي ، أن الميت لا يضمن بعد
موته إلا في مسألة واحدة ......" وهذه المسألة التي ذكرها جاءت على مثال الواقع عندهم ـ من الرق والعبيد والإماء
ونحو ذلك ـ وهذا ما لا يوجد في واقعنا ـ ولله الحمد والمنة والفضل ـ

الضابط السادس عشر

" الوديعة أمانة ، إلا في مسألة فمضمونة ...."

ذكر هذا الضابط الفقهي ابن نجيم [١] في كتابه " الفوائد الزينية في مذهب الحنفية "وأشار إليه برقم الفائدة الرابعة والتسعون بعد المائة.

وهذا بمعنى أن الأصل في الودائع أنها أمانات ، وبالتالي فلا تضمن ، فكل وديعة هي أمانة إلا في مسألة واحدة تكون مضمونة ، وهي عندما تكون الوديعة بأجر ، ففي هذه الحالة تكون مضمونة .

الضابط السابع عشر

"يجب على الغاصب رد العين المغصوبة إلى صاحبها ، إلا في مسألة ....."

أورد هذا الضابط الفقهي كذلك العلامة ابن نجيم ـ رحمه الله تعالى ـ في كتابه " الفوائد الزينية في مذهب الحنفية "[٢] ، ورقم له بالفائدة التسعون بعد المائة.

وأشار ـ رحمه الله ـ إلى الضابط بقوله : أن كل من غصب شيئا وجب رد ما غصبه إلى صاحبها ،إلا في مسألة واحدة ذكرها ، هي :
إذا غصب غاصب من محرم صيدا في الحج ، فليس له ردّه عليه .

(١) ـ ابن نجيم ، الفوائد الزينية ، ص ١٥٧ ، الفائدة الرابعة والتسعون بعد المائة .
(٢) ـ المصدر نفسه ،ص ١٥٦ ، الفائدة التسعون بعد المائة .

خاتمة

في نتائج البحث التي احتوت عليها الرسالة وأهم التوصيات

الحمد لله الذي بنعمته تتمّ الصالحات ، والصلاة والسلام على أشرف وأفضل الكائنات . الحمد لله الذي أعانني على إتمام هذا الرسالة والتي لا تخلو من نقص ، فالكمال لله وحده.

وفي ختام هذه الرسالة يطيب لي أن أعرض في الختام أهم النتائج التي توصلت إليها وإبداء بعض الملاحظات ، وهي كالتالي :

١ ــ كان تعريفي للقاعدة الفقهية بعد استعراض لتعريفات العلماء القدامى وتعريفات لبعض الفقهاء المعاصرين كالتالي:

ــ "أنّ القاعدة الفقهية هي حكم شرعي أكثري تنطبق بالقوة على أحكام جزئية مندرجة تحتها ".

٢ ــ بدأ ظهور علم القواعد الفقهية في العصر الذهبي للرسالة النبوية المطهرة حيث يعتبر القرآن الكريم و السنة الشريفة هما النّواة الأوّلية ، و الأساس الذي بني عليه هذا العلم العظيم ، ثم ظهرت بعض معالمه الكبرى في عصر الصحابة ــ رضوان الله عليهم أجمعين ــ ومن جاء بعدهم من الأئمة الأعلام ــ رحمهم الله تعالى ــ حيث نبغوا في عبارات بليغة جرت مجرى القواعد الفقهية ، واستمر هذا الفن في اتساع و رقيٍّ و نموٍّ ، حتى برز في الأخير في صورة علم مستقل قائم بذاته ، على يد لجنة إعداد مجلة الأحكام العدلية .

٣ ــ أنّ القواعد الفقهية أعمّ و أكثر اتساعا للفروع الفقهية من الضوابط الفقهية فالقاعدة الفقهية تجمع فروعا مختلفة من أبواب متفرقة في حين الضابط الفقهي فيجمع فروعا فقهية تختص بباب واحد .

٤ ــ الفرق الأساسي بين القواعد الفقهية و القواعد الأصولية ، أن القواعد الأصولية هي التي يستنبط بها الحكم الشرعي من الأدلة التـفصيلية ، وموضوعها هو الأدلة والأحكام ، في حين أن القاعدة الفقهية هي إما قضية كلية ، أو هي قضية أكثرية أغلبية عند بعض أهل العلم ،و موضوعها دائما هو فعل المكلف ، وأما جزئياتها فهي مسائل الفقه.

٥ ــ للقواعد الفقهية دور بارز لا ينكره أحد في تيسير الفقه الإسلامي ، و لمّ شتاته عن طريق نظم الفروع الفقهية الكثيرة المتناثرة في سلك واحد .

٦ ــ تكمن أهمية الدراسة العلمية للقواعد الفقهية في أي بحث فقهي معين أنها تمدّ الباحث أو الدارس لها ، تصوّرا واضحا و جليّا عن ذلك البحث ، و تؤدي إلى شمول في التصور ، ودقة في التعبير ، و عمق كبير في الفهم من خلال هذه القواعد الفقهية ، كما تعمل على تكوين الملكة الفقهية للباحث .

٧ ــ إن القواعد الفقهية التي لها أصل من القرآن الكريم أو سنة النبيّ ــ عليه الصلاة و السلام ــ أو هي مستندة إلى أدلة صحيحة صريحة من الكتاب أو السنة أو الإجماع ، تعتبر مصادر شرعية يمكن الاستناد إليها في استنباط أحكام فقهية ، ذلك أن الرجوع إليها ، هو في حقيقته رجوع إلى الأدلة التي استندت إليها أصلا .
أما القواعد الفقهية التي لا تستند إلى أي دليل شرعي ،فإنها لا تعتبر مصدرا أو حجة شرعية في استنباط الأحكام الفقهية .

٨ ــ إن عملية جمع القواعد والضوابط الفقهية في الموضوع الواحد ينطوي على فوائد علمية كبيرة جمّة ، وتكمّل هذه الفائدة عند دراسة هذه القواعد والترجيح بينها ، وذلك بناء على أدلة الشرع ، وهذا حتى يتسنى للفقيه تخريج الفروع الفقهية عليها.

٩ ــ إن دراسة هذه القواعد والضوابط الفقهية في الموضوع الواحد كموضوعنا في باب الضمان ، تحتاج إلى دراسة وفهم عميقين ، ببيان معانيها أكثر ، والوصول إلى مصادر وجودها وأدلة الفقهاء على كل قاعدة أو ضابط فقهي ، ومن ثمَّ يمكن لنا أن نخرج عليها من المسائل العصرية الكثيرة التي تتناول حياة الناس وقضاياهم .

١٠ ــ إن دراسة الموضوع الواحد في قواعده وضوابطه الفقهية يؤدي إلى تصور كلي وواضح عن ذلك الموضوع المراد دراسته ، وهذا انطلاقا من قواعده وضوابطه ، وهذا ما يؤدي إلى فهم أعمق ، وتصور شامل ، وتعبير أدق عن الموضوع، وهذا مما يساعد حتما على إظهار الجوانب العصرية مثلا التي تعالجها تلك القواعد ،مما يفسح المجال للعلماء والفقهاء لإنشاء قواعد جديدة تسدّ هذا النقص أو هذه الثغرات التي أنتجتها الحياة المتطورة والعصرية للناس بعد هذا التقدم الهائل في سائر العلوم والتكنولوجيا.

١١ ــ مقاصد الضمان الشرعية وفق القواعد الفقهية الخاصة به ، تتفق تماما مع المقصد الشرعي من الأحكام الفقهية التي قررتها الشريعة الإسلامية ، من تحقيق مصالح العباد و دفع الضرر عنهم.

١٢ ــ إن مسائل الفقه في الضمان لا تنتهي ، بل تستجدّ كل عصر مسائل فقهية معاصرة تقتضيها معاملات الناس وأعرافهم ، وكذا خلافاتهم و نزاعاتهم.....مما يلقي مسؤولية كبيرة على عاتق العلماء والباحثين في حل مشاكل الضمان بين الناس ، و ذلك عن طريق بناء القواعد الفقهية التي لها سند شرعي من كتاب الله أو سنة مطهرة أو إجماع ، للحكم بين الناس .

١٣ ــ إن المراد بالضمان في دراستنا هذه مع قواعده الفقهية ، هو المراد بالضمان المالي المتعلق بالمتلفات والتعويضات .

التوصيات :

١ ــ أرى ــ والله أعلم ــ عند تدريس مواضيع الفقه في أبواب مختلفة شتى ، يكون الانطلاق عند تدريسها من خلال القواعد الفقهية للموضوع الفقهي المراد دراسته ، لا التركيز على فروعه الفقهية التي لا تنتهي. ومن أمثلة ذلك هذه الدراسة العلمية لموضوع الضمان ، من أجل إعطاء تصور كلي واضح وشامل عن الضمان انطلاقا من قواعده الفقهية .

٢ ــ في مجال ترتيب القواعد الفقهية و تنظيمها نجد جهودا محدودة في هذا المجال مع أن هذا أمر عظيم الفائدة جدير بالاهتمام ، ولذا فإنني أوصي بجمع القواعد و الضوابط ذات الموضوع الواحد كموضوع رسالتنا هذه وهو الضمان ، حتى يعطي الموضوع الواحد تصورا رائعا جيدا لمجموعة القواعد والضوابط التي يتناولها ،وذلك لأننا نجد كتب التراث القديمة ، نجد تعرض القواعد والضوابط بحسب الأبواب الفقهية ، و من ثمّ لا يحقق هذا الهدف المقصود الذي نريده.

و مع ذلك فقد تطرقت بعض الكتب المعاصرة بشيء من الإجمال ، من ذلك كتاب "نظرية الضمان " للدكتور وهبة الزحيلي ــ حفظه الله ــ حيث نجده عقد فصلا خاصا للقواعد الفقهية المتعلقة بالضمان ، ذكر فيه حوالي عشرين قاعدة فقهية ، شرحها وعلق على كل واحدة منها على انفراد ، ولكن في الحقيقة مثل هذا العمل محدود جدا ، و حتى منهج الدراسة في الكتاب ، لم يكن المراد منه أو القصد تكوين تصور كلي عن الموضوع .

لذلك فإنني أرى ضرورة أن تكون هناك رسائل جامعية متخصصة في موضوعات متعددة ، مثل رسالة في قواعد العقود ، و رسالة في قواعد الأحكام الجنائية ، ورسالة في قواعد المعاملات ، ورسالة في قواعد البيّنات ، ورسالة في قواعد الاقتصاد...،وغير ذلك من مجالات الحياة للناس .

ومن أجل هذا فإنني أوجه النصيحة لطلبة الدراسات العليا أن توجه الدراسات العلمية في الجامعات ، وفي مجال الرسائل العلمية و الأبحاث العلمية ، إلى مثل هذا النوع من الدراسة ، بتنظيم هذه القواعد الفقهية ومحاولة الربط بينها ، وبالتالي تكوين صورة علمية واضحة عن الموضوع الفقهي المراد بحثه ودراسته .

هذه بعض الآراء والأفكار والتوصيات التي استخلصتها من بحثي هذا ، في مجال دراسة قواعد وضوابط موضوع الضمان ، نسأل الله تعالى أن تكون مفيدة و وجيهة.

وأخيرا نودع هذا البحث ، ونذكر ما رواه الإمام مالك ابن أنس عن ابن شهاب ــ رحمهما الله تعالى ــ حيث قال :

" إن هذا العلم أدب الله الذي أدب به نبيه ــ صلى الله عليه وسلم ــ وأدّب النبي ــ صلى الله عليه وسلم ــ أمّته به ، وهو أمانة الله إلى رسوله ليؤديه على ما أدّى عليه ، فمن سمع علما فليجعله حجة فيما بينه وبين نبيه "[1].

---

(١) ــ نقلا من كتاب تفسير النصوص في الفقه الإسلامي ، للدكتور محمد أديب صالح ، (ط٤) ، المكتب الإسلامي ،دمشق ، ١٤١٣هـ/١٩٩٣م. ج ٢ / ص ٤٣٣ .

وأخيرا فإن الكمال لله وحده ، والنقص من سمات العبد الذي ليس له أي شأن في الادعاء بالكمال سواء في الأقوال أو الأفعال.

فالحمد لله الذي هدانا لهذا ، وما كنا لنهتديَ لولا أن هدانا الله ، فأسأله جل وعلا أن يتقبل مني هذا العمل ، ويجعله خالصا لوجهه الكريم ، فإن كان صوابا فمن الله ، و إن كان غير ذلك فمن نفسي والشيطان ، وأستغفر الله تعالى ، والله المستعان وعليه التكلان .

سبحانك اللهم وبحمدك ، أشهد أن لا إله إلا أنت ، أستغفرك وأتوب إليك

وصل اللهم وسلم وبارك على سيدنا محمد ، سيد الأولين والآخرين ، وسيد الثقلين من الإنس والجن،صلاة وسلاما دائمين مادامت السماوات والأرض إلى ما شاء رب العالمين.

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين.

ملاحق

أ- فهرس الايات القرآنية:

قائمة
المصادر والمراجع

ـــ **القرآن الكريم** .

ـــ أبو زهرة ، محمد ، **مالك حياته وفقهه** ، القاهرة ، دار الفكر العربي.

ـــ أبو زهرة ، محمد ، **أصول الفقه** ، القاهرة ، مصر ، دار الفكر العربي.

ـــ أبو زهرة ، محمد ، **الملكية ونظرية العقد** ، مصر، دار الفكر العربي .

ـــ ابن أبي شيبة ، ، أبو بكر عبد الله بن محمد بن أبي شيبة(ت ٢٣٥هـ) **مصنف ابن أبي شيبة** ، (ط ٧) ، تحقيق كمال يوسف الحوت ،الرياض ، مكتبة الرشيد ، ١٤٠٩ هـ.

ـــ الأطرقجي ، علي سالم محمد ، ، (٢٠٠١ م) . **مسؤولية مساعدي الطبيب الجزائية** (ط١) ، عمان ، الأردن ، الدار العلمية .

ـــ الأودن ، سمير عبد السميع ، (٢٠٠٠ م) . **المسؤولية الجنائية في البناء والهدم** ، الإسكندرية ، مكتبة الإشعاع الفنية .

ـــ الألباني ، محمد ناصر الدين ، (١٠٤٥هـ/ ١٩٨٥ م) . **إرواء الغليل في تخريج أحاديث منار السبيل** ، (ط٢) ، المكتب الإسلامي .

ـــ الألباني ، محمد ناصر الدين ، (١٩٨٨ م) . **صحيح سنن أبي ماجة** ، (ط٣) ، مكتبة التربية العربية لدول الخليج .

ـــ الألوسي ، محمود بن عبد الله الحسيني ، **روح المعاني في تفسير القرآن العظيم والسبع المثاني** .

ـــ الإسنوي ، جمال الدين عبد الرحيم بن الحسن، **هاية السول في شرح منهاج الوصول إلى علم الأصول للإمام البيضاوي (ت٦٨٥هـ)**، (ط١) ، تحقيق : شعبان إسماعيل ، بيروت ، دار ابن حزم،١٤٢٠هـ / ١٩٩٩م .

ـــ الآمدي ، سيف الدين أبي الحسن علي بن علي بن محمد ، **الإحكام في أصول الأحكام** ، (ط١) ، تحقيق : السيد الجميلي ، بيروت ، دار الكتاب العربي،١٤٠٤هـ .

ـــ أبو داود ،سليمان بن الأشعث الأزدي، **سنن أب داود** ، (ط١) ، تحقيق :محمد عوامه ، جدة ، السعودية ، دار القبلة، ١٤١٩هـ / ١٩٨٨ م .

ــ ابن الأثير ، أبو السعادات مبارك بن محمد، **النهاية في غريب الحديث** ،(ط١) ، تحقيق :محمود محمد الطناجي و طاهر أحمد الزواوي ،مطبعة عيسى البابي الحلبي ١٣٨٣هـ/١٩٦٢ م .

ــ أبو يوسف ،يعقوب بن إبراهيم، **كتاب الخراج** ، (ط٤) ، القاهرة ، المطبعة السلفية ١٣٩٢هـ.

ــ الأدنري ،أحمد بن محمد ، (١٩٩٧ م) ، **طبقات المفسرين** ، (ط١) ، تحقيق : سليمان بن صالح الجزي ، المدينة المنورة ، مكتبة العلوم والحكم .

ــ الأسيوطي ، محمد بن أحمد ، (١٩٩٦ م) ، **جواهر العقود** ، (ط١) ، تحقيق :مسعد عبد الحميد السعدني ، بيروت ، دار الكتب العلمية .

ــ البورنو ، محمد صدقي بن أحمد بن محمد ، (١٤٢١هـ/ ٢٠٠٠م) ، **موسوعة القواعد الفقهية** ، (ط٢) ، ،الرياض ، السعودية ، مكتبة التوبة.

ــ البورنو ، محمد صديق ، (١٩٩٦م) ، **الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الإسلامي** ،(ط٤) ، بيروت ، لبنان ، مؤسسة الرسالة .

ــ البهوتي ، منصور بن يوسف بن إدريس(ت١٠٥١هـ) ، **كشاف القناع عن متن الإقناع**، (ط١)، تحقيق :الشيخ محمد عدنان ياسين درويش ، بيروت ، دار إحياء التراث العربي ،١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م .

ــ البرسوي ،إسماعيل حقي ، (ت١١٣٧هـ) ، **تفسير روح البيان** ، بيروت ، لبنان ، دار إحياء التراث العربي .

ــ البيهقي ،أبو بكر أحمد بن الحسين بن علي، **السنن الكبرى** ،(ط١) ، الهند ، حيدر آباد ، ١٣٥٤ هـ.

ــ الباجي ،أبي الوليد سليمان بن خلف الأندلسي القرطبي ، **فصول الأحكام وبيان ما مضى عليه العمل عند الفقهاء الحكام** ، تحقيق :محمد أبو الأجفان، الدار العربية للكتاب، ١٩٨٥م.

ــ الباحسين ، يعقوب بن عبد الوهاب ، (١٤٠٨هـ / ١٩٩٨ م)، **القواعد الفقهية المبادىء ، المصادر، الدليلية ، التطور** ،(ط١) ، الرياض ، مكتبة الراشد .

ــ البخاري ، محمد بن إسماعيل. **صحيح البخاري** ، (ط١) ، دار الكتب العلمية ، بيروت لبنان ، ١٤١٠هـ/١٩٨٩ م .

ــ البغدادي ،أبو محمد بن غانم بن محمد، **مجمع الضمانات في مذهب الإمام الأعظم أبي حنيفة النعمان** ، بيروت ، لبنان ، عالم الكتب ، ١٤٠٧ هـ / ١٩٨٧ م.

- التفتازاني ،سعد الدين ، **التلويح على التوضيح** ، مطبعة محمد علي صبيح ، مصر ، الأزهر ، ١٣٧٧ هـ/ ١٩٧٥ م.

- الترمذي ، أبو عيسى محمد بن عيسى ، **سنن الترمذي** ، بيروت ، دار الفكر ، ١٤١٥هـ/ ١٩٩٥م.

- ابن تيمية ، تقي الدين الحراني ، **الفتاوى الكبرى** ، (ط١) ،تحقيق :أحمد كنعان ، بيروت ، لبنان ، دار الأرقم .

- الثميني ، ضياء الدين عبد العزيز، **كتاب النيل وشفاء العليل** ، (ط٢) ،تصحيح وتعليق : بكلي عبد الرحمن بن عم ، ١٣٦٧هـ/ ١٩٦٧ م.

- الجرجاني ،الشريف علي بن محمد ، **التعريفات** ، (ط١) ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ١٤٠٣هـ/ ١٩٨٣ م.

- جمعة ، أبو عبد الرحمن عبد المجيد الجزائري ، (١٤٢١ هـ) ، **القواعد الفقهية المستخرجة من إعلام الموقعين** ،(ط١) ، السعودية ، دار ابن القيم .

- الجندي ، محمد الشحات ، (١٩٩٠م) ، **ضمان العقد أو المسؤولية العقدية في الشريعة الإسلامية مقارنة مع القانون الوضعي** ، القاهرة ، مصر، دارالنهضة العربي .

- ابن جزي ، أبو القاسم محمد بن أحمد بن محمد بن عبد الله ،**القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية** ، (ط٢) ، بيروت ، بنان ، دار الكتاب العربي .

- الجويني ، أبو المعالي عبد المالك بن عبد الله بن يوسف الشافعي ، **غياث الأمم في التياث الظلم** ، (ط١) ، تحقيق ودراسة عبد العظيم الديب ، قطر ، الشؤون الدينية.

- الجوهري ، أبو نصر إسماعيل بن حماد ، **الصحاح تاج اللغة وصحاح العربية** ،(ط١) ، تحقيق :د أميل بديع يعقوب ،و د محمد نبيل طريفي ، بيروت، دار الكتب العلمية، ١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م .

- حوران ، محمد سليمان ، (١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٢ م) ، **ضمان الضرر المالي غير المادي دراسة مقارنة بين الفقه والقانون** ، رسالة ماجستير غير منشورة، جامعة دمشق، دمشق سوريا.

- الحاج خليل ، أحمد محمد ، (٢٠٠٥ م) ، **القواعد الفقهية المتعلقة بالمباشرة والتسبب و تطبيقاتها في الفقه الإسلامي** ، رسالة ماجستير غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمّان الأردن.

- الحاكم ،أبو عبد الله محمد بن عبد الله النيسابوري، **المستدرك على الصحيحين** ،(ط١) ، تحقيق : مصطفى عبد القادر عطا ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ١٩٩٠ م.

ـ الحموي ، أحمد بن محمد الحنفي (ت١٠٩٨هـ) ، **عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر لابن نجيم** ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ١٤٠٥هـ/١٩٨٥م .

ـ ابن حنبل ، أحمد، **مسند الإمام أحمد** (الموسوعة الحديثة) ، (ط١) ، تحقيق : شعيب الأرناؤوط و آخرون ، بيروت ، لبنان ، مؤسسة الرسالة ، ١٤١٦هـ/١٩٩٦م .

ـ حيدر، علي ، **شرح مجلة الأحكام العدلية** ، تعريب المحامي فهمي الحسيني ، بيروت ، لبنان . دار الكتب العلمية .

ـ ابن حزم ، أبو محمد علي بن أحمد بن سعيد الأندلسي (ت٤٥٦هـ) ، **المحلى شرح المجلى** ، (ط١) ، الأستاذ أحمد شاكر، بيروت دار إحياء التراث العربي ، ١٤١٩ هـ / ١٩٩٩ م .

ـ الحطاب ،أبوعبد الله محمد بن عبد الرحمن المغربي المعروف بالحطاب (ت٩٥٤هـ) **مواهب الجليل لشرح مختصر خليل** ، (ط١) ، بيروت ، دار الكتب العلمية .

ـ حسين ، محمد كاشف الغطاء ، (ت ١٣٥٣ هـ) ، **تحرير المجلة** ، بغداد ، النجف الأشرف .

ـ ابن حجر العسقلاني، **فتح الباري شرح صحيح البخاري** ، (ط١) ، بيروت ، دار الفكر، ١٤١١هـ /١٩٩١ م .

ـ الخن ، مصطفى سعيد ، (١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م)، **أثر الاختلاف في القواعد الأصولية في اختلاف الفقهاء** ، (ط٢) ، بيروت ، لبنان ، مؤسسة الرسالة .

ـ ابن خلدون ،عبد الرحمن ، **مقدمة ابن خلدون** ، (ط٤) ، بيروت ، لبنان. دار إحياء التراث العربي .

ـ الخطابي ، أبو سليمان حمد بن محمد بن إبراهيم، **معالم السنن** ، تحقيق محمد حامد الفقي ، ، مصر ، مطبعة السنة المحمدية، ١٣٦٨هـ .

ـ الدار قطني ،علي بن عامر(ت٣٨٥هـ) ، **سنن الدار قطني** القاهرة ، دار المحاسن، ١٣٨٦هـ/١٩٩٦م .

ـ الدسوقي ، محمد بن أحمد بن عرفه المالكي (ت١٢٣٠هـ) **حاشية الدسوقي على الشرح الكبير ، للشيخ أبي البركات سيدي أحمد بن محمد العدوي الشهير بالدردير (ت١٢٠١هـ) ، وعلى هامشه تقريرات العلامة محمد بن أحمد بن محمد الملقب بـ عليش** (ت١٢٩٩هـ) ، (ط١) ، تخريج محمد عبد الله شاهين ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية ، ١٤١٧هـ/١٩٩٦ م .

ـ الدردير، أبو البركات أحمد بن محمد بن أحمد ، **الشرح الكبير** ، بيروت ، دار الفكر.

ـ دية ، عبد المجيد عبد الله ، (١٤٢٥هـ/٢٠٠٥ م) ، **القواعد والضوابط الفقهية لأحكام المبيع في الشريعة الإسلامية** ، (ط١) ، عمان ، دار النفائس .

ـ الدريني ، فتحي ، (١٩٩٣ م) ، **النظريات الفقهية** ، (ط١) ، منشورات جامعة دمشق .

ـ ابن رجب ، أبي الفرج عبد الرحمن الحنبلي (ت٧٩٥هـ) ، **القواعد في الفقه الإسلامي** ، (ط١) ، بيروت ،لبنان ، دار الكتب العلمية ، ١٤١٣هـ/١٩٩٢م .

ـ الروكي ، محمد ، (١٤١٩هـ/١٩٩٨م) ، **قواعد الفقه الإسلامي من خلال كتاب الإشراف على مسائل الخلاف للقاضي عبد الوهاب البغدادي المالكي** ، (ط١) ، دمشق ، دار القلم .

ـ الروكي ، محمد ، (١٤٢١هـ/٢٠٠٠ م) ، **نظرية التقعيد الفقهي وأثرها في اختلاف الفقهاء** ، (ط١) ، الجزائر ، دار الصفاء .

ـ ابن رشد ،أبي الوليد محمد بن أحمد بن محمدا لقرطبي الأندلسي (ت٥٩٥هـ) ، **بداية المجتهد ونهاية المقتصد** ، (ط١) ، تحقيق : الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، والشيخ علي محمد معوض ، ، بيروت ، لبنان ،. دار الكتب العلمية ، ١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م .

ـ الزنجاني ، شهاب الدين محمود بن أحمد، **تخريج الفروع على الأصول** ، (ط٥) ، تحقيق : محمد أديب صالح ، بيروت ،لبنان ، ،مؤسسة الرسالة ، ١٤٠٧هـ/١٩٨٧م .

ـ الزركشي ،أبي عبد الله بدر الدين محمد بن بهادربن عبد الله الشافعي (٧٩٤هـ) ، **المنثور في القواعد** ، تحقيق محمد حسن محمد حسن إسماعيل ، بيروت ، لبنان . دار الكتب العلمية .

ـ زيدان ، عبد الكريم ، (١٤٢٠هـ/١٩٩٩ م) ، **المدخل لدراسة الشريعة الإسلامية** (ط١٦) ، بيروت ، لبنان ، مؤسسة الرسالة .

ـ زيدان ، عبد الكريم ، (١٤٢٤هـ/٢٠٠٣م) ، **الوجيز في شرح القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية** ، (ط١) ، ، بيروت ، لبنان ، مؤسسة الرسالة .

ـ الزحيلي ، محمد ، (١٤١٨هـ/ ١٩٩٨ م) ، **نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الإسلامي** ، (ط٢) ، دمشق ، دار الفكر.

ـ الزحيلي ، محمد ، (١٤٠٤هـ/١٩٨٩ م) ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، (ط٣) ، دمشق ، دار الفكر .

ـ الزحيلي ،محمد ، (١٤٢٠هـ/ ١٩٩٩م) ، **القواعد الفقهية على المذهب الحنفي والشافعي** ، (ط١) ، جامعة الكويت ، مجلس النشر العلمي .

ـ الزحيلي ، محمد ، (١٤١٤هـ /١٩٩٣م) ، **النظريات الفقهية** ، (ط١) ، دمشق ، دار القلم .

ـ الزرقا ، مصطفى أحمد ، (١٤٠٩ هـ/١٩٨٨م) ، **الفعل الضار والضمان فيه** ، (ط١) ، دمشق ، دار القلم .

ـ الزرقا ، مصطفى أحمد ، (١٤١٨هـ/١٩٩٨ م) ، **المدخل الفقهي العام** ، (ط١) ، دمشق ، دار القلم .

ـ الزرقا ، أحمد بن محمد ، (١٤٢٢هـ / ٢٠٠١ م) ، **شرح القواعد الفقهية** ، (ط٦)، دمشق ، دار القلم .

ـ الزركلي ، خير الدين ، (١٩٩٠ م) ، **الأعلام** ، (ط٩) ، بيروت ، لبنان ، دار العلم للملايين .

ـ سلمان ، نوح علي ، (١٤٠٧هـ/ ١٩٨٦ م) ، **إبراء الذمة من حقوق العباد** ، (ط١) عمان ، الأردن ، دار البشير.

ـ السنهوري ،عبد الرزاق ، (١٩٥٤ م) ، **مصادر الحق في الفقه الإسلامي** ،جامعة الدول العربية ، دار الهناء .

ـ السرحان ، محي هلال ، (١٩٨٧ م) ، **القواعد الفقهية ودورها في التشريعات الحديثة** ، بغداد ، العراق ، مطبعة أركان .

ـ السيوطي ، جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر محمد، **الأشباه والنظائر في النحو** ، تحقيق : طه عبد الرؤوف سعد ، القاهرة ، شركة الطباعة الفنية ، ١٣٩٥هـ/١٩٧٥ م .

ـ السيوطي ، أبي الفضل جلال الدين عبد الرحمن (ت٩١١هـ)،.**الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية** ، (ط٣) ، تخريج وضبط : خالد عبد الفتاح شبل أبو سليمان ، ،بيروت ، لبنان ، مؤسسة الكتب الثقافية ، ١٤١٩هـ/١٩٩٩ م .

ـ السيوطي ،الإمام الحافظ جلال الدين، **الدر المنثور في التفسير بالمأثور**، (ط١) ، تحقيق الشيخ نجدات نجيب بيروت، لبنان، دار إحياء التراث العربي، ١٤٢١هـ/٢٠٠١م .

ـ ابن السبكي ،تاج الدين عبد الوهاب بن علي بن عبد الكافي ،(ت٧٧١هـ)، **الأشباه والنظائر** ، تحقيق : الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، والشيخ علي محمد معوض ، ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ١٤٢٢ هـ/٢٠٠١ م .

ـ السرخسي ،أبي بكر بن أحمد بن أبي سهل (ت٤٨٠هـ)، **كتاب المبسوط** ، (ط١) ، تحقيق أبي عبد الله محمد حسن محمد حسن إسماعيل ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية، ١٤٢١هـ/٢٠٠١ م .

ـ السرخسي، محمد بن أحمد، **أصول السرخسي** ، تحقيق أبو الوفا الأفغاني ، بيروت ، لبنان ، دار المعرفة ، ١٣٧٢هـ .

ـ سراج ، محمد ، (١٩٩٠م) ، **ضمان العدوان** ، ، القاهرة ، مصر ، دار الثقافة .

ـ السعدي، عبد الرحمن بن ناصر ، (١٤١٩هـ/١٩٩٨م) ، **رسالة في القواعد الفقهية** (ط١) ، تحقيق : أبو محمد أشرف بن عبد المقصود ، الرياض ، مكتبة أضواء السلف .

ـ الشيرازي ،أبو إسحاق إبراهيم بن علي بن يوسف (ت٤٧٦هـ) ، **المهذب** ، بيروت، دار الفكر.

ـ الشوكاني ، محمد بن علي بن محمد (ت١٢٥٠هـ)، **فتح القدير الجامع بين فني الرواية والدراية من علم التفسير**، (ط٢) ، تحقيق عبد الرحمن عميرة ، المنصورة ، دار الوفاء، ١٤١٨هـ/١٩٩٧م

ـ الشوكاني ، محمد بن علي ، **نيل الأوطار شرح منتقى الأخبار من أحاديث سيد الأخيار** ، بيروت ، دار الجيل ،١٩٧٣م

ـ الشافعي ، محمد بن إدريس، **الأم** ، (ط٢) ، بيروت ، دار المعرفة ، ١٩٧٣م .

ـ الشافعي ، الإمام محمد بن إدريس(ت٢٠٤هـ) ، **الرسالة** ، تحقيق وشرح : أحمد محمد شاكر ، دار الفكر.

ـ الشاطبي ، أبو إسحاق بن موسى اللخمي المالكي ، **الموافقات في أصول الشريعة** ، بيروت ، لبنان ، دار المعرفة .

ـ الشربيني ،محمد الخطيب، **مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج** ، (ط٢) ، دار الفكر ، ٢٠٠١ م .

ـ الشربيني ، محمد الخطيب ، **الإقناع في حل ألفاظ أبي شجاع** ، ، بيروت ، دار الفكر ، ١٣١٥هـ

ـ الشال ، إبراهيم علي محمد ، (١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م) ، **القواعد والضوابط الفقهية عند ابن تيمية في المعاملات المالية** ، (ط١) ، عمان ، دار النفائس .

ـ شبير ، محمد عثمان ، (١٤٢٠هـ/٢٠٠٠ م) ، **القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية** ، (ط١) ، عمان ، دار الفرقان .

ـ شلبي ، محمد مصطفى ، (١٤٠٣هـ / ١٩٨٣ م) ، **المدخل في التعريف بالفقه الإسلامي وقواعد الملكية والعقود فيه** ، ، بيروت ، لبنان ، دار النهضة العربية .

ـ الشيباني ، محمد بن الحسن ، **كتاب الأصل** ، تحقيق أبو الوفا الأفغاني ،(ط١) ، الهند ، حيدر آباد .

ـ الصنعاني ، محمد بن إسماعيل بن صلاح بن محمد ، **سبل السلام شرح بلوغ المرام** ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية .

ـ صالح ، محمد أديب ، (١٤١٣هـ/ ١٩٩٣ م) ، **تفسير النصوص في الفقه الإسلامي** ، (ط٤) ، دمشق ، المكتب الإسلامي .

ـ الطبري ، محمد بن جرير، **جامع البيان عن تأويل القرآن** ، بيروت ، لبنان ، دار الفكر ١٤٠٥هـ .

ـ ابن عابدين ، محمد أمين عابدين بن عمرالدمشقي الحنفي (ت٤٧٦هـ)، **رد المحتار على الدر المختار** ، (ط٢) ، ، بيروت ، لبنان ، دار إحياء التراث العربي ، ١٩٨٧م.

ـ العكام ، محمد فاروق ، **الفعل الموجب للضمان في الفقه الإسلامي دراسة مقارنة** ، القاهرة ، مصر.

ـ ابن عاشور، محمد الطاهر ، (١٩٧٨م) ، **مقاصد الشريعة** ، الشركة التونسية.

ـ عودة ، عبد القادر ، (١٤٠١هـ/١٩٨١م) ، **التشريع الجنائي الإسلامي** ، مؤسسة الرسالة .

ـ عثمان ، محمد تقي الدين ، (١٤١٩هـ/١٩٩٨م) ، **بحوث في قضايا فقهية معاصرة** ، (ط١) ، دمشق ، دار القلم .

ـ ابن عبد السلام ،عز الدين، **القواعد الصغرى أو الفوائد في مختصر القواعد** ، (ط٢) ، تحقيق الشيخ عادل أحمد عبد الموجود ، والشيخ علي محمد معوض ، بيروت ، دار الجيل ، ١٤١٤هـ/١٩٩٤ م .

ـ ابن عبد السلام ،عز الدين ، **قواعد الأحكام في مصالح الأنام** ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية .

ـ علي الصافي ، السيد عبد الحكيم ، (١٩٧٥ م) ، **الضمان في الفقه الإسلامي أساسه ومجالاته في العقود** ، مطبعة الآداب ، بغداد ،النجف الأشرف .

ـ عبد اللطيف ،عبد الرحمن بن صالح ، (١٤٢٣هـ/ ٢٠٠٣م) ، **القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة التيسير** ، (ط١) ، المدينة المنورة ، مكتبة الملك فهد .

ـ العماري ، عبد القادر ، (١٤١٧هـ/١٩٩٦م) ، ضمان الأشياء التابعة لشخص طبيعي أو اعتباري من بناء وآلات وحيوان بالخطأ المفترض ، **مجلة المجمع الفقهي الإسلامي** ، السنة ٨ ، العدد١٠ .

ـ ابن العربي ،محمد بن عبد الله ، **أحكام القرآن** ، (ط١) ، تحقيق محمد عبد القادر عطا بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية .

ـ ابن عبد البر ، أبو عمرو يوسف بن عبد الله بن محمد النمري ، **التمهيد لما في الموطأ من المعاني و المسانيد** ، الطبعة الأولى ، تحقيق لجنة من العلماء ، المغرب . طبعة المغرب .

ـ عقلة ، محمد الإبراهيم ، (١٤٠٦هـ /١٩٨٥ م) ، **التطبيقات التاريخية والمعاصرة لفريضة الزكاة** ، (ط١) ، عمان ، الأردن ، دار الضياء .

ـ الغزالي ، أبو حامد محمد بن محمد بن محمد، **المنخول من تعليقات الأصول** ، دمشق ، دار الفكر ، ١٩٨٠ م .

ـ الغزالي ، محمد بن محمد بن محمد، **الوسيط في المذهب** ، (ط١) ، مصر ، دار السلام ، ١٤١٧هـ/١٩٩٧ م .

ـ ابن غانم ، محمد البغدادي ، **مجمع الضمانات** ، دار الكتاب الإسلامي .

ـ الغامدي ، عبد الله بن سالم ، (١٤١٨هـ/١٩٩٧م) ، **مسؤولية الطبيب المهنية دراسة تأصيلية مقارنة بين الشريعة والقوانين المعاصرة** ، (ط١) الخضراء ، جدة. ، دار الأندلس .

ـ الفيروز آبادي ، مجد الدين محمد بن يعقوب، **القاموس المحيط** ، بيروت ، مؤسسة الرسالة ، ١٩٨٦م .

ـ الفراهيدي ، أبو عبد الرحمن الخليل بن أحمد، **العين** ، (ط١) بيروت ، دار إحياء التراث العربي ، ١٤٢١هـ /٢٠٠١ م.

ـ الفيومي ،أحمد بن محمد بن علي المقري(ت٧٧٠هـ)، **المصباح المنير في غريب الشرح الكبير** ، (ط٣) ، ، مصر ، طبع بولاق ، ١٣١٦هـ .

ـ ابن فارس ، أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا (ت٣٩٥هـ). **معجم مقاييس اللغة** ، (ط٢) ، تحقيق شهاب الدين أبو عمرو، بيروت، دار الفكر ، ١٤١٨هـ/١٩٩٨ م .

ـ فيض الله ، محمد فوزي ، (١٩٨٦ م) ، **نظرية الضمان** ، (ط٢) ، الكويت ، دار التراث .

ـ فيض الله ، محمد فوزي ، (١٩٨٨م) ، **فصول عن الفقه الإسلامي** ، سورية ، جامعة دمشق .

ـ الفاسي ، علال ، **مقاصد الشريعة الإسلامية** ، الدار البيضاء ، المغرب ، مكتبة الوحدة .

ــ فلوسي ، مسعود بن موسى ،(١٤٤٢هــ/٢٠٠٣ م) ، **القواعد الأصولية تحديد وتأصيل** (ط١) ، القاهرة ، مصر ، مكتبة وهبة .

ــ الفتــني ، محمد طاهر، **مجمع بحارالأنوار في غرائب التنزيل والأخبار**، (ط١) ، ، حيدر ، الهند ، مطبعة دائرة المعارف العثمانية.

ــ قلعجي وقنيبي ، (١٩٨٥م) ، **معجم لغة الفقهاء** ، (ط١) ، بيروت ، لبنان ، دار النفائس .

ــ ابن قدامه ، عبد الله بن أحمد المقدسي ، (ت١٢٢٣هــ) ، **المغني شرح مختصر الخرقي** ، (ط١) ، بيروت ،، دار الفكر ، ١٤٠٥هــ .

ــ ابن قدامه ، عبد الله بن أحمد المقدسي، **روضة النظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام أحمد بن حنبل** ، (ط١) ، بيروت ، لبنان ، دار الكتاب العربي، ١٤٠١هــ/١٩٨١ م .

ــ القرطبي ،محمد بن أحمد القرطبي، **الجامع لأحكام القرآن** ، (ط٢) تحقيق : أحمد عبد العليم البرنوي ، ، القاهرة ، دار الشعب ، ١٣٧٢هــ .

ــ القوجوي ،محمد بن مصلح الدين مصطفى الحنفي ، (ت٩٥١هــ) ، **حاشية محي الدين شيخ زاده على تفسير القاضي البيضاوي (ت ٦٨٥هــ)** ، (ط١) ، ضبط وتصحيح محمد عبد القادر شاهين ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية ، ١٤١٩هــ/١٩٩٩ م .

ــ القنوجي ، أبي الطيب صديق بن حسن بن علي الحسيني الحنفي (ت١٣٠٧هــ)، **فتح البيان في مقاصد القرآن** ، (ط١) ، وضع حواشيه إبراهيم شمس الدين ، ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية ، ١٤٢٠ هــ/١٩٩٩م .

ــ القرافي ، أبو العباس شهاب الدين أحمد بن إدريس ، **الفروق وأنوار البروق** ، بيروت ، دار المعرفة .

ــ ابن القيم ، محمد بن أبي بكر الزرعي بن قيم الجوزية ، **إعلام الموقعين عن رب العالمين** ، بيروت ، دار الكتب العلمية.

ــ القرضاوي ، يوسف ، (١٤٠١ هــ / ١٩٨١ م) ، **فقه الزكاة دراسة مقارنة لأحكامها وفلسفتها في ضوء القرآن والسنة** ، (ط٥) ، مؤسسة الرسالة .

ــ الكاساني ، علاء الدين أبي بكر بن مسعود بن أحمد (ت٥٨٧هــ) ، **بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع** ، بيروت ، لبنان ، دار إحياء التراث العربي .

ــ الكيلاني ،عبد الرحمن ، (١٩٩٦م) ، **قواعد المقاصد عند الإمام الشاطبي** ، رسالة دكتوراه غير منشورة، الجامعة الأردنية، عمان الأردن.

ــ كحالة ، عمر رضا ، **معجم المؤلفين** ، بيروت ، لبنان. ، دار إحياء التراث العربي .

ــ الكفوي ،أيوب بن موسى الحسيني (ت١٠٩٤هـ) ، **لكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية** ، (ط٢) ، دمشق ، نشر وزراء الثقافة والإرشاد القومي ،١٩٨٢م .

ــ كامل ، عمر عبد الله ، (١٤٢١ هـ/٢٠٠٠م) ، **القواعد الفقهية الكبرى وأثرها في المعاملات المالية** ، (ط١) ، دار الكتبي .

ــ ابن اللحام ، أبي الحسن علاء الدين بن محمد بن عباس البعلي. **القواعد والفوائد الأصولية وما يتعلق بها من الأحكام الفرعية** ، (ط١) ، تحقيق عبد الكريم الفضيلي ، بيروت ، المكتبة العصرية ، ١٤١٨ هـ/١٩٩٨م .

ــ المقري ، أبو عبد اله محمد بن محمد بن أحمد (ت٧٥٦هـ) .**القواعد** ، تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد ، مكة المكرمة ، السعودية ، مركز إحياء التراث الإسلامي .

ــ المحمصاني ، صبحي ، **النظرية العامة للموجبات والعقود** ، (ط١) ، بيروت ، لبنان مكتبة الكشاف .

ــ المواق ، أبي عبد اله محمد بن يرسف(ت٨٩٧هـ)، **التاج والإكليل لمختصر خليل بحاشية مواهب الجليل للحطاب** ، (ط١) ، تحقيق الشيخ زكريا عميرات ، بيروت ، دار الكتب العلمية ، ١٤١٦هـ/١٩٩٥م .

ــ مجموعة من العلماء ، (١٤١٠هـ/١٩٩٠م) . **الموسوعة الفقهية** ، (ط١) ،الكويت وزارة الأوقاف والشؤون الإسلامية .

ــ مصطفى ، إبراهيم ، **المعجم الوسيط** ، عدة مؤلفين ، طهران ، دار المكتبة العلمية.

ــ مجموعة من العلماء ، (١٩٩٩م) . **مجلة الأحكام العدلية** ، (ط١) ، عمان ، المكتبة القانونية ، مكتبة دار الثقافة .

ــ المباركفوري ، محمد عبد الرحمن ، **تحفة الأحوذي** ، تحقيق عبد الوهاب عبد اللطيف دمشق ، دار الفكر .

ــ مالك ، مالك بن أنس الأصبحي ، **المدونة** ، بيروت ، دار الكتب العلمية .

ــ المتيت ، أبو اليزيد علي ، **جرائم الإهمال** ، (ط٤) ، الجامعة ، الإسكندرية ، مؤسسة الشباب .

ــ معابدة ، محمد نوح ، (١٩٩٨م) . **قاعدة الخراج بالضمان وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي** ، رسالة دكتوراه غير منشورة، الجامعة الأردنية ، عمان ، الأردن .

_ ابن منظور ، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم الإفريقي المصري،. **لسان العرب** ، ، بيروت ، دار صادر للطباعة والنشر ، ١٣٧٠هـ/١٩٥٦م .

_ ابن ماجة ، أبو عبد الله محمد بن زيد القزويني،. **سنن ابن ماجة مع حاشية السندي** ، (ط١) ، تحقيق محمود محمد نصار ، ، بيروت ، لبنان ، دار الكتب العلمية، ١٤١٩هـ/١٩٩٨م .

_ المقري ، أبو عبد الله محمد بن محمد بن أحمد ، **القواعد** ، تحقيق أحمد بن عبد الله بن حميد ، مكة المكرمة ، السعودية ، مركز إحياء التراث الإسلامي.

_ النووي ، أبو زكريا محي الدين ، **المجموع** ، بيروت ، لبنان ، دار الفكر.

_ النسائي ،الحافظ أبو عبد الرحمن أحمد بن شعيب، **سنن النسائي (شرح السيوطي وحاشية السندي)** ، (ط١) ، تحقيق عبد الغفور البنداري ، و سيد كسروى حسن ، الكتب العلمية ، ١٩٩١م.

_ الندوي ، علي أحمد ، (١٤٢٠هـ/٢٠٠٠م) .**القواعد الفقهية ، مفهومها ، نشأتها ، تطورها ،أدلتها، مهمتها ،تطبيقاتها** ، (ط٥) ، دمشق ، دار القلم

_ نجدات ، محمد الأحمد ، (٢٠٠٣م) . **ضمان العقد في الفقه الإسلامي ، دراسة مقارنة مع القانون** ، رسالة دكتوراه غيرمنشورة ، جامعة دمشق ، دمشق، سوريا.

_ ابن نجيم ،زين الدين ، بن إبراهيم (ت٩٧٠هـ)، **الأشباه والنظائر** ، (ط٢) ، تحقيق محمد مطيع الحافظ ، دمشق ، دار الفكر ، ١٤٢هـ/١٩٩٩م .

_ ابن نجيم ، زين الدين إبراهيم بن محمد، **البحر الرائق شرح كنز الدقائق** ، (ط١) تحقيق أحمد عزو عناية الدمشقي ، بيروت . دار إحياء التراث العربي، ١٤٢٢هـ/٢٠٠٢م .

_ ابن نجيم ، زين الدين بن إبراهيم (ت ٩٧٠هـ)، **الفوائد الزينية في مذهب الحنفية** ، تحقيق أبوعبيدة مشهور بن حسن آل سلمان ، السعودية ، دار ابن الجوزي، ١٤١٤هـ/١٩٩٤م .

_ ابن الهمام ، كمال الدين محمد بن عبد الواحد بن عبد الحميد(ت٨٦١هـ)،. **التحرير في أصول الفقه الجامع بين اصطلاحي الحنفية والشافعية** ، (ط١) ، بيروت ، لبنان ،دار الكتب العلمية ، ١٤١٥هـ/١٩٩٥م .

JURISPRUDENCE CONTROLS AND RULES OF GUARANTEE THEORY (ANALYSIS STUDY)

by
Edrees Salih Al-Shaiq Faqeeh

Supervised
Dr. Esmael Mohammad Al-bareeshy

ABSTRACT

This study talks about the Jurisprudence controls and rules of Guarantee Theory in Islamic legislation, and their appliances and branches in jurisprudence, for the purpose of collecting these rules in one compiled book, so we could have a complete illustration for this subject. So this scientific study was an attempt for collecting the jurisprudence rules and controls that has to do with guarantee through mentioning a section about jurisprudence rules, in their definition, arising, importance, and the differences between" them and other similar sciences, like jurisprudence controls, jurisprudence theory, radical rules, then explaining the benefits of studding these rules and their dispute.

The study continues in defining Guarantee in language and as an idiom, and its legislative proofs and sources, beside defining the principles, intentions, and purposes of the legislation of guarantee.

Then the scientific study continues to inquire about the jurisprudence rules and collecting them from the books of jurisprudence and other legislative books in the four known Islamic beliefs, and other beliefs like the Abady belief and Al-jafaria belief. The study goes on in explaining the meaning of the rule in a way that serves its purpose, in addition to serving its sources, and the dispute for most of the legislation men in these rules, and it tired to apply the jurisprudence rules on them, and eventually came up with contemporary findings.

The last chapter was reserved for jurisprudence rules in guarantee, with the same pattern that was used in previous chapters of jurisprudence rules, and their the study explained the meaning of a control, and the way we came up with it from the jurisprudence resources, then we listed the jurisprudence branches for every control.

One of the results we hope for in this study is reaching to a modem contemporary findings, from the perspective of overcoming the branches on the sources, and facilitating the access for researchers when it comes to the matter of reaching guarantee issues, so through this study I try to give the reader and the researcher a complete illustration of the curriculum which needs to be studied in collecting and organizing jurisprudence rules and controls for one subject so we could have a complete and thorough illustration on the subject.